

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

in

Diritto del Lavoro

Ciclo XXI

Settore scientifico-disciplinare di afferenza: IUS/07

L'istituto dell'incompatibilità nel pubblico impiego

Presentata da: Mario Maria NANNI

Coordinatore Dottorato
Chiar.mo Prof.
Germano DONDI

Relatore
Chiar.mo Prof.
Sandro MAINARDI

Esame finale anno 2010

L'ISTITUTO DELL' INCOMPATIBILITA' NEL PUBBLICO IMPIEGO

CAPITOLO I

Nascita ed evoluzione dell'istituto

I. L'istituto dal 1908 al 1957: una permanenza.

pag. 7

1. L'introduzione dell'istituto nella disciplina del 1908.

pag. 9

2. La disciplina del 1923: rafforzamento dell'istituto nella prospettiva del rapporto dipendente-amministrazione.

pag. 11

3. La formulazione del 1957 e il consolidamento dei tratti dell'istituto tuttora vigenti.

pag. 16

II. L'art. 98, primo comma, della Costituzione non impone al Legislatore di prevedere l'obbligo di esclusività del rapporto di lavoro pubblico.

pag. 18

1. La giurisprudenza della Corte Costituzionale relativa all'art. 98 della Costituzione.

pag. 25

2. La disciplina sul part time conferma l'inesistenza di un obbligo costituzionale di esclusività del dipendente pubblico.

pag. 28

III. Alla ricerca di una (dinamica) ratio dell'istituto

pag. 31

1. La dottrina non ha individuato criteri coerenti.

pag. 31

2. La Giurisprudenza ha ricondotto l'istituto all'esigenza di tutela speciale del datore pubblico.

pag. 48

CAPITOLO II

Regime delle incompatibilità e privatizzazione del pubblico impiego.

I. L'evoluzione delle fonti: previsione della riserva di legge in materia (L. 421/1992 art. 2 c.2 c)

pag. 53

1 La delega del Parlamento: la riserva di legge in materia di incompatibilità.

pag. 57

II. L'articolo 53 del D.Lgvo 165/01 e l'articolo 1 della L. 662/96.

pag. 67

1. L'art. 53 del D.Lgvo 165 del 2001 e le incompatibilità assolute.

pag. 68

2. Le incompatibilità assolute e l'art. 1 commi 57 e ss della L.662/1996.

pag. 70

3. Il problematico coordinamento dei commi 60 e 61 dell'art.1 della L. 662/96 con il comma 6 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01.

pag. 73

4. La sentenza 967/06 della Sezione lavoro della Corte di Cassazione sulla successione di norme.

pag. 75

5. L'art. 53 del D.Lgvo 165/01 e le attività libere.

pag. 81

6. L'art. 53 del D.Lgvo 165/01 e gli incarichi retribuiti.

pag. 88

III. La natura degli atti e del procedimento autorizzatorio (amministrativi o privatistici)

pag. 92

1. *La composita natura dell'autorizzazione nel sistema riformato degli "incarichi retribuiti"*
pag. 95
2. *I provvedimenti autorizzatori ex comma 1 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01.*
ag. 106

IV. La giurisdizione

pag. 108

CAPITOLO III

L'istituto delle incompatibilità e la sua collocazione in ambito sistematico: tra interesse pubblico e disciplina privatistica dei rapporti di lavoro. Profili sanzionatori.

I. La disciplina

pag. 113

1. *L'incompatibilità assoluta (art. 53 comma 1)*

pag. 114

- 1.2 *Le discipline speciali richiamate dal comma 1*

pag. 122

- 1.3 *Il profilo sanzionatorio*

pag. 125

2. *L'incompatibilità relativa*

pag. 135

- 2.2 *Le previsioni dell'art. 53, commi 11 e seguenti: l'anagrafe delle prestazioni.*

pag. 136

- 2.3 *Il profilo sanzionatorio.*

pag. 139

- a) *La posizione del dipendente*

pag. 140

- b) *La posizione del terzo conferente incarichi*

pag. 147

- c) *La posizione del funzionario*

pag. 150

2.4 Le posizioni del lavoratore e del datore di lavoro

pag. 152

II. Impossibilità/difficoltà di ricondurre l'istituto all'ambito di esercizio dei poteri del datore di lavoro privato

pag. 161

1. L'assenza di valide giustificazioni per le discipline speciali

pag. 167

2. Una importante novità: l'introduzione del comma 1-bis dell'art. 53 operato dal D.Lgvo 150/09

pag. 174

III. L'istituto delle incompatibilità e l'ordinamento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni

pag. 177

1. Circoscrizione del problema: specialità di status del dipendente o specialità della disciplina determinata dai fini perseguiti da datore.

pag. 177

2. Le incompatibilità nel pubblico impiego non sono riconducibili alle previsioni dell'art. 2105 c.c.: i beni tutelati.

pag. 179

3. Contenuto negativo delle previsioni dell'art. 2105 c.c. e istituto delle incompatibilità.

pag. 188

4. La ricostruzione proposta trova (pur deboli) conferme anche nel testo normativo

pag. 196

CONCLUSIONE

pag. 205

BIBLIOGRAFIA

pag. 211

CAPITOLO I

Nascita ed evoluzione dell'istituto

I. L'istituto dal 1908 al 1957: una permanenza.

Il Regio Decreto n. 693 del 22 novembre 1908, in GU del 15 dicembre 1908, costituisce il primo intervento legislativo organico in materia di pubblico impiego ¹.

Esso rappresenta un fondamentale punto d'arrivo nell'evoluzione della nostro sistema amministrativo e vede la luce dopo numerosi fallimenti, pur nella generale convinzione che una organica riorganizzazione del sistema amministrativo statale fosse assolutamente indispensabile, sia a tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti, sia a difesa delle finanze pubbliche, fortemente danneggiate da una gestione del personale amministrativo piuttosto autonoma ad opera del potere esecutivo, molto attento alle proprie esigenze politiche (e clientelari) piuttosto che al contenimento della spesa pubblica.

Esula dall'ambito della presente ricerca disegnare il contesto storico e normativo nel quale si è maturata la promulgazione del richiamato decreto ².

Per quanto concerne il tema oggetto del presente lavoro, il T.U. 1908 costituisce il punto di partenza fondamentale, in quanto introduce

¹ Il RD 22 novembre 1908, n. 693, recante “*Approvazione del T.U. delle leggi sullo stato giuridico degli impiegati civili*” è stato pubblicato sulla G.U. 15 dicembre 1908, n. 292 è stato successivamente richiamato dal RD 2440 del 22 novembre 1923 e poi abrogato dal RD 2960 del 30 dicembre 1923, di generale riforma della materia relativa al pubblico impiego.

² Sulla evoluzione storica della amministrazione italiana, si veda in particolare AA.VV., *L'Amministrazione pubblica in Italia*, a cura di CASSESE, Bologna, 1974 (in particolare il contributo BENVENUTI, *Evoluzione della disciplina del pubblico impiego*); RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna, 1978; preziosa la sintesi di GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970. Si veda anche BATTINI, *Il personale*, in CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2005. Con specifico riferimento all'aspetto giuridico del pubblico impiego cfr. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000. Per una collocazione generale delle problematiche legate all'impiego pubblico nella evoluzione del diritto del lavoro italiano si veda PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro, vol. I: La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, 2006.

nell'Ordinamento l'istituto delle incompatibilità degli impiegati statali ³. Tale disciplina, sopravvivendo per quasi un secolo attraverso differenti riformulazioni, è apparsa agli occhi del legislatore di enorme importanza, in quanto, in occasione della riforma della fine del secolo XX, quest'ultimo è stato indotto ad escluderla dalla contrattualizzazione e a mantenerla ancorata alle previsioni legislative, conservando così una sostanziale uniformità tra tutti i pubblici dipendenti, siano essi compresi o meno tra i dipendenti c.d. "privatizzati" di cui all'art. 2 del D.lgvo 165 del 2001.

Preliminarmente occorre formulare una precisazione.

Infatti, la rubrica dell'art. 53 del D.lgvo 165/01 recita "incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi", così da ingenerare l'idea di una identificazione tra l'istituto delle incompatibilità e quello del cumulo di impieghi.

In realtà tali due istituti ebbero origine, storia e disciplina sostanzialmente distinte. Infatti il c.d. cumulo di impieghi risulta essere introdotto nel nostro ordinamento fin dal 1862. La *ratio* di questo ultimo istituto, o almeno la percezione che ne ebbero i commentatori quando se ne sono occupati, è stata ricondotta alla necessità di evitare un'inutile duplicazione di spesa pubblica e tale lettura appare facilmente ricavabile dallo stesso dettato della norma ⁴. Torneremo sul tema e dovremo riconoscere come la connessione tra i due istituti sia importante nella disciplina positiva della materia, ma quello delle incompatibilità è un istituto la cui prima introduzione nell'ordinamento positivo risale al 1908, risultando pertanto successiva e del tutto autonoma rispetto al divieto del cumulo di impieghi.

³ Il fatto che per molto tempo la disciplina dell'impiego statale sia stata diversa rispetto a quella dell'impiego presso altri enti pubblici (in particolare gli enti locali) è noto e oggetto di sottolineature, tuttavia, per le ragioni sinteticamente evidenziate in GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, la disciplina statale ha costituito il punto di riferimento per tutte le altre amministrazioni (Giannini la definisce "legislazione guida"), fino alla riforma del 1993-2001 che ha dettato una disciplina comune per tutti i rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche di qualsiasi natura e dimensione.

⁴ La norma, infatti, impone una riduzione degli stipendi in presenza di cumulo di incarichi a carico dello Stato: "art. 10 (legge 19 luglio 1862, n. 722 art. 1) *Gli impieghi retribuiti a carico dello Stato non potranno cumularsi con altri retribuiti dallo Stato, dalle Provincie, dai comuni, dalle Università libere e da qualsiasi altra amministrazione garantita, sussidiata o riconosciuta dallo Stato, salvo le eccezioni di cui appresso*". I successivi articoli 11, 12, 13 e 14 individuano casi in cui non si deve ritenere avvenga il cumulo, mentre gli articoli ulteriormente successivi, dopo avere individuati i tetti massimi relativi al cumulo di stipendi, fissano le modalità e la quantificazione delle relative riduzioni di stipendio.

Ciò premesso cerchiamo di ripercorrere l'evoluzione del dettato normativo relativo all'istituto che ci occupa, anticipando fin d'ora che esso non ha conosciuto sostanziali innovazioni dalle origini fino alla formulazione del 1957, che, pur condizionata in termini di coordinamento con la privatizzazione e con l'introduzione del part-time nel pubblico impiego, costituisce ancor oggi l'elemento fondamentale dell'istituto.

1. L'introduzione dell'istituto nella disciplina del 1908.

Come accennato, il T.U. 1908 raccoglie e riordina in maniera organica numerose norme preesistenti in materia di pubblico impiego (richiamandole esplicitamente). Riproponendo il contenuto dell'art. 3 della L. 290 del 25 giugno 1908, l'art. 7 del RD 693/1908 recita: *“Con la qualità d'impiegato civile dello stato è incompatibile qualunque impiego privato, l'esercizio di qualunque professione o commercio o industria e la carica di amministratore consigliere di amministrazione commissario di sorveglianza od altra consimile sia o non sia retribuita, in tutte le società costituite a fine di lucro, salva, per l'amministrazione delle cooperative costituite da impiegati, la previa autorizzazione dell'amministrazione da cui l'impiegato dipende.*

E' pure incompatibile ogni occupazione che a giudizio del consiglio di amministrazione non sia stata ritenuta conciliabile con l'osservanza dei doveri d'ufficio e col decoro dell'amministrazione.

Gli impiegati possono essere prescelti come periti giudiziari, previa autorizzazione del ministro da concedersi caso per caso.”

Il testo afferma il principio generale dell'incompatibilità: *“con la qualità di impiegato civile è incompatibile qualunque professione o commercio o industria”* e assumere *“qualsiasi carica in tutte le società costituite a fine di lucro”*. Fanno eccezione le sole cooperative tra dipendenti, qualora esista l'autorizzazione dell'amministrazione dalla quale dipende l'impiegato.

Un'ulteriore eccezione, sempre previa autorizzazione, è prevista per lo svolgimento delle funzioni di periti giudiziari da valutarsi caso per caso.

Al primo divieto, che dal tenore della norma pare assoluto e inderogabile (con la sola eccezione delle cooperative tra impiegati), si aggiunge un ulteriore

divieto di svolgere “qualsiasi occupazione che a giudizio del consiglio di amministrazione” sia ritenuta “non conciliabile” con “l’osservanza dei doveri d’ufficio e con il decoro dell’amministrazione”.

Fin dall’origine dunque l’istituto si configura come un divieto assoluto in capo al dipendente statale di esercitare professioni, commercio o industria. Fin dall’origine si definisce anche una limitata (in vero nel 1908 era una limitatissima) possibilità autorizzatoria dell’amministrazione, mentre non esiste la possibilità di esercitare attività non autorizzate. Anzi, una ulteriore e generica norma di chiusura afferma l’impossibilità di esercitare qualsiasi occupazione (quindi indipendentemente dalla sua natura e dal lucro a essa connessa) non conciliabile con i doveri d’ufficio e con il decoro dell’amministrazione. All’Amministrazione stessa è demandato il giudizio in merito a tale conciliabilità. Si tratta certamente di un giudizio da formularsi sul caso concreto, ma mentre la prima parte dell’enunciato offre un parametro oggettivo per tale giudizio (in quanto è connessa al concreto ed effettivo esercizio dei doveri d’ufficio) la seconda ne è sostanzialmente priva in quanto la nozione di decoro dell’amministrazione, ben lungi da presentare una propria oggettività, è piuttosto riconducibile a parametri di tipo sociale ampiamente discrezionali.

A margine di tale ricostruzione osserviamo fugacemente due ulteriori elementi: in primo luogo sul piano pratico si nota che non pare chiaro se l’autorizzazione dell’amministrazione dovesse essere sostanzialmente sollecitata dal dipendente oppure, come pare anche da quanto si osserverà in seguito, fosse operazione che, *motu proprio*, competeva alla gerarchia amministrativa.

In secondo luogo vale la pena sottolineare la “leggerezza” dell’apparato sanzionatorio, in quanto, a livello disciplinare, per il dipendente che violasse la prescrizione di cui al proprio art. 98 il decreto del 1908 ha previsto la sola sanzione della censura ⁵.

⁵ Il RD 693/1908, all’art. 50 richiama le norme disciplinari. “La censura è una dichiarazione di biasimo per la mancanza commessa e può essere inflitta: a) per negligenza e lievi mancanze di servizio; b) per qualunque assenza dall’ufficio non giustificata; c) per violazione dell’art. 7 del presente testo unico; d) per contegno non corretto verso i propri superiori, colleghi, dipendenti; e) per irregolare condotta; f) per essersi procurate raccomandazioni da persone che non siano i superiori da cui l’impiegato gerarchicamente dipende, allo scopo di ottenere ingiustificati favori. La censura è fatta per iscritto dal capo dell’ufficio, udite le giustificazioni dell’impiegato, il quale ha diritto che esse siano annotate sul suo stato di servizio ed allegate

In sostanza dunque si profilano fino dal 1908 tutti gli elementi che in seguito, pur con piccoli aggiustamenti, continueranno a caratterizzare l'istituto, ovvero un regime di incompatibilità assoluta, una (limitata) possibilità di svolgere attività autorizzate, un sistema sanzionatorio delle violazioni e, soprattutto, una generale preoccupazione per il decoro dell'amministrazione la cui tutela e valutazione compete all'amministrazione stessa.

2. La disciplina del 1923: rafforzamento dell'istituto nella prospettiva del rapporto dipendente-amministrazione.

L'istituto non viene toccato dai successivi interventi legislativi in materia di pubblico impiego e si ripropone sostanzialmente in maniera analoga nella riforma del 1923.

In vero, come si desume dalla relazione di accompagnamento al Regio Decreto 30 dicembre 1923 n. 2960, e come risulta chiaramente dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 1924 n. 378, almeno nella enunciazione il legislatore (ancora più l'esecutivo, per quanto sia possibile distinguere tra i due poteri con riferimento a quel periodo) manifesta l'intenzione di rafforzare in maniera radicale il rapporto tra dipendente e Stato, nonché la specifica soggezione dei primi al secondo. Ciò in un contesto di rafforzamento del potere di controllo e di "gestione" sugli apparati da parte dei soggetti politicamente preposti ⁶.

al medesimo. Contro il provvedimento di censura è ammesso ricorso al ministro in via gerarchica entro quindici giorni dalla notificazione. Il decreto del ministro sul ricorso è definitivo. Ai capi degli uffici la censura è inflitta dal ministro." L'art. 7 è quello relativo alle incompatibilità.

⁶ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 1924 n. 378: "6. Incompatibilità e cumulo di impieghi. - L'art.96 sancisce la incompatibilità tra la qualità d'impiego civile dello Stato, l'esercizio di qualunque professione, commercio, industria, la carica di amministratore, consigliere di amministrazione, commissario di sorveglianza od altra consimile, sia o non sia retribuita, in tutte le società costituite a fine di lucro. La stessa incompatibilità è stabilita per qualsiasi occupazione o attività che, a giudizio del Ministro o del capo dell'ufficio da lui delegato, non sia ritenuta conciliabile con l'osservanza dei doveri d'ufficio e col decoro dell'Amministrazione. Queste disposizioni riproducono sostanzialmente quelle dell'art. 7 dell'abrogato testo unico 22 novembre 1908 n. 693, sostituendo solo al giudizio del consiglio di amministrazione e il riconoscimento delle esistenti incompatibilità, quello del Ministro o del capo dell'ufficio da lui delegato. E' sancita inoltre la responsabilità per i capi di ufficio, che omettano di fare denuncia dei casi di trasgressione alle disposizioni suindicate che siano venute a loro

Tale norma ha riproposto l'istituto delle incompatibilità, senza distaccarsi significativamente dalla precedente formulazione. L'art. 96 recita: *“Con la qualità di impiegato civile dello stato è incompatibile qualunque impiego privato, l'esercizio di qualunque professione o commercio o industria, la carica di amministratore, consigliere di amministrazione, commissario di sorveglianza o sindaco od altra consimile, sia o non retribuita, in tutte le società costituite a fine di lucro.*

Per altro l'impiegato può previa autorizzazione del ministro o del capo ufficio da lui delegato far parte dell'amministrazione di società cooperative costituite tra impiegati.

E' pure incompatibile ogni occupazione o attività che, a giudizio del ministro o del capo di ufficio da lui delegato non sia stata ritenuta conciliabile con l'osservanza dei doveri d'ufficio e col decoro dell'amministrazione o che il ministro non creda di consentire per ragioni di opportunità.

Gli impiegati possono essere prescelti come periti o arbitri previa autorizzazione del ministro o del capo di ufficio da lui delegato da concedersi caso per caso.

I capi di ufficio sono responsabili per l'omessa denuncia dei casi di trasgressione alle disposizioni dei commi precedenti che sieno venute a loro conoscenza.

Il disposto del primo comma del presente articolo non si applica per la partecipazione all'amministrazione di società nelle quali lo stato abbia una compartecipazione azionaria nè all'amministrazione di società istituti o enti

conoscenza, ed è comminata la sanzione della riduzione dello stipendio per l'impiegato che sia incorso in alcuno dei casi d'incompatibilità previsti (art. 59).

Dall'insieme di queste norme si desume che il primo accertamento della loro infrazione deve normalmente essere fatto dai capi dell'ufficio, cui incombe di vigilare sull'attività dei propri dipendenti. Essi sul risultato delle loro indagini devono riferire senza indugio al Ministero, il quale decide se sussistano o meno gli estremi dell'incompatibilità. Nell'affermarla o pronuncia direttamente la incompatibilità o invita il capo di ufficio a pronunciarla in sua delega, invitando l'impiegato a dare le sue giustificazioni. Nel caso che queste non siano attendibili o soddisfacenti, il capo di ufficio ha l'obbligo di applicare senz'altro, la riduzione dello stipendio, rientrando tale punizione nella di lui competenza” (Testo integrale in MONTUORI, I nuovi testi sullo stato giuridico ed economico degli impiegati civili, prima raccolta sistematica commentata e aggiornata con le più recenti disposizioni, Minerbio, 1927, pag. 11 e ss)

RUSCIANO, L'impiego pubblico in Italia, Bologna, 1978, interpreta tutta la storia dell'amministrazione italiana alla luce di una ricostruzione che evidenzia l'accentuazione autoritaria del rapporto tra amministrazione e dipendenti e ritiene che in ciò il periodo fascista abbia avuto un ruolo determinante. Risulta interessante, anche per la documentazione che riporta, la lettura di SPAVENTA, Burocrazia: ordinamento amministrativo e fascismo, Milano, 1928.

per i quali la nomina a determinate cariche sia riservata allo stato da disposizioni speciali o da convenzioni.”

Come è agevole constatare, il testo ripropone l’istituto così come creato nel 1908, con qualche leggero irrigidimento in favore dell’amministrazione. Infatti, ad evidenti fini di onnicomprensività, la norma specifica che è vietata “ogni occupazione o attività”, con l’effetto di comprendere tra le “attività” vietate anche quelle caratterizzate dalla occasionalità (verrebbe da dire l’estemporaneità), mentre ai fini dell’autorizzabilità l’autorità competente prenderà in considerazione, oltre ai già segnalati limiti connessi all’esercizio delle funzioni e al decoro dell’amministrazione, anche una non meglio definita (nè definibile) valutazione discrezionale (per non dire arbitraria) di opportunità. Si aggiunge che, oltre alle attività quale perito, il pubblico dipendente può assumere incarichi arbitrari (sempre se singolarmente autorizzati)

Una rilevante novità è costituita dal fatto che le funzioni autorizzative e di controllo sono delegabili dal Ministro ai capi ufficio, a testimoniare la crescita e la burocratizzazione dell’amministrazione. In particolare si sottolinea l’introduzione degli ultimi due commi.

Il penultimo infatti si prevede un obbligo di vigilanza a carico dei capi degli uffici i quali, pur non obbligati ad una vigilanza attiva, hanno il dovere di denunciare le violazioni della norma di cui vengano a conoscenza. Deve probabilmente intendersi “vengano comunque a conoscenza”, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga nell’esercizio delle funzioni.

L’ultimo, invece, testimonia in maniera significativa l’intervenuto cambiamento nel ruolo economico dello Stato, in quanto rende ammissibile l’assunzione di incarichi in società partecipate dallo Stato o nelle nomine dei cui organi vi sia una riserva da parte dello Stato.

In teoria le due fattispecie potrebbero apparire differenti, ma in concreto non lo sono. Infatti mentre nel primo caso (assunzione di incarichi in società partecipate) potrebbe apparire che l’utilizzo del personale dipendente quale componente di organi di controllo o di amministrazione in società cui partecipi il datore di lavoro potrebbero ricondursi a forme di utilizzo del personale dipendente, nel secondo caso (nomine riservate allo Stato) ci troveremmo di fronte all’utilizzo di personale dipendente in un contesto in cui lo Stato è solo uno dei soggetti che partecipa alla gestione di una persona giuridica autonoma.

Si realizzerebbero cioè da un lato le funzioni (di controllo) dello Stato, esercitate tramite proprio personale, dall'altro l'effettiva tutela (indiretta) di un interesse statale eccedente la sola e fondamentale competenza amministrativa, che gli è propria.

Sul piano pratico, tuttavia, è evidente il fatto che le nomina poteva venire effettuata dal soggetto pubblico in base ad una valutazione preventiva delle posizioni personali (da intendersi come disponibilità, dedizione, fedeltà, orientamento politico, affidabilità...) dei soggetti che l'Amministrazione decideva di chiamare a tali incarichi. In tal modo si veniva a garantire una selezione del personale (di alto livello) in termini dinamici di fedeltà/affidabilità/carriera propri di un sistema che tendeva a connettere politica e amministrazione, garantendo sempre più la supremazia del governo nei confronti della seconda.

Si tratta evidentemente di una chiara manifestazione di una teoria dello Stato tendenzialmente totalitaria ove potere politico e apparato si univano al fine di garantire l'unità e il bene della Nazione. E' evidente come la specifica disciplina dell'istituto delle incompatibilità risultasse assai funzionale a quel modello che, non corre la necessità di sottolinearlo, è ben diverso e del tutto inconciliabile rispetto a un sistema democratico pluralista, che dovrebbe tendere alla separazione e al controllo reciproco delle funzioni pubbliche. Che il sistema riformato all'alba dell'Era fascista fosse complessivamente costruito in funzione del controllo dell'apparato sui dipendenti pubblici emerge anche dalla ridefinizione della sanzione per la violazione del dovere di esclusività. Infatti, la volontà di rafforzare il regime delle incompatibilità si manifesta in maniera non radicale, ma tuttavia significativa, nel momento in cui l'art. 59 prevede che la violazione delle norme relative all'incompatibilità sia sanzionabile non più con la sola censura, ma con la riduzione dello stipendio ⁷.

⁷ RD 2960/1923, art. 59: “La riduzione dello stipendio non può superare il quinto, nè avere durata superiore a sei mesi ed è inflitta: a) per recidiva nei fatti che dettero in precedenza motivo di censura o per maggiore gravità di essi; b) per contegno non corretto verso i propri superiori, colleghi o dipendenti, ovvero verso il pubblico; c) per lieve insubordinazione; d) per violazione dell'art. 96 del presente decreto; e) per irregolare condotta; f) per inosservanza del dovere d'ufficio, anche se non abbia prodotto conseguenze dannose; g) per tolleranza di irregolarità di servizio o di atti di indisciplina, di scorretto contegno o di abusi da parte di personale dipendente; h) per manifestazioni sconvenienti alla compagine amministrativa, politica o sociale dello stato.

La riduzione dello stipendio implica anche la riduzione proporzionale del supplemento di servizio attivo. Essa implica, inoltre, il ritardo dell'aumento periodico di stipendio, per un

Si può pertanto affermare che la riformulazione dell'istituto operata nel 1923 fu certamente improntata a situazioni contingenti, quali le nuove dinamiche partecipative dello Stato all'economia o quelle genericamente connesse all'esigenza di rafforzare il controllo dell'amministrazione su i propri dipendenti. Benché strettamente correlata alle intenzioni autoritarie e "onnipervasive" del regime che andava affermandosi, la riforma operò interventi significativi, ma non fondamentali, sull'istituto delle incompatibilità che non presentava, nella sua formulazione, una particolare connotazione fascista⁸. Infatti essa era costruita con riferimento alla supremazia dello Stato, cui corrisponde una soggezione del lavoratore di natura fondamentalmente etica. Del rilievo di tale dimensione etica si ha immediata percezione già nella Relazione al Regio decreto 2960 del 1923. Rivolgendosi al Re infatti il legislatore, dopo aver enunciato le ragioni che lo hanno indotto all'emanazione di un nuovo testo sulla materia, individua, tra le altre ragioni ispiratrici della riforma, l'esigenza di *"tener presenti nella formulazione delle nuove disposizioni alcune direttive essenziali di alta importanza morale. Innanzi tutto è da riconoscere che il rapporto che corre tra lo Stato e l'impiegato non è quello di un'ordinaria prestazione d'opera alla quale corrisponde un semplice e materiale corrispettivo economico, ma bensì un rapporto etico con cui l'impiegato è ammesso, normalmente, per tutta la vita nella compagine amministrativa affinché dedichi ad essa tutte le proprie forze di ingegno e di cultura, nell'ambito degli scopi politici e sociali che sono propri dello Stato. Si tratta pertanto di un rapporto di fedeltà che solo può condurre colui che, per*

periodo di tempo corrispondente alla sua durata". L'art. 96 è quello che disciplina le incompatibilità.

Risulta di notevole interesse il confronto di questo articolo con il corrispondente articolo 80 del dpr 3/57.

⁸ E' pur vero che, ferma la generalità di una previsione come quella in commento, essa potrebbe trovare adeguata giustificazione in base al rapporto di speciale soggezione del dipendente allo Stato affermato anche in numerosi ordinamenti di sicura tenuta democratica, quali quello francese e quello inglese, senza bisogno di ricorrere alla natura totalitaria (o almeno tendenzialmente totalitaria) del fascismo. Inoltre poiché il Regime non ha utilizzato lo Statuto dei dipendenti civili dello Stato quale strumento per "comprimere e controllare" l'amministrazione (ma ha utilizzato altri strumenti, tra cui –fondamentalmente– la L.100 del 1926), non si è adeguatamente riflettuto sulla portata non tanto del dettato della norma, quanto sulle intenzioni, abbastanza precise e inquietanti, del legislatore da parte dei commentatori nel periodo successivo al ritorno dello Stato di Diritto. Cfr. oltre: nota 229 e ss

*sua mentalità e per le sue inclinazioni, viva ed agisca conformemente alle tendenze ideali e pratiche che sono proprie dell'Amministrazione, nel ciclo storico in cui l'impiegato deve esplicare l'opera sua. Non è, quindi, ammissibile che l'impiegato si introduca nella compagine amministrativa con spirito che dissenta da quelle tendenze e portando in sé la restrizione mentale di prestar l'opera propria, apparentemente a favore degli scopi che ispirano la condotta dell'amministrazione, ma, segretamente, e simulatamente, con l'intento di contribuire a distruggere l'ordinamento, del quale egli dovrebbe essere per ragioni etiche e giuridiche, il leale custode e il conscio fautore”*⁹.

Appare evidente come un simile portato culturale risente della temperie ideologica nella quale è nato, ma è altrettanto evidente che un simile intento appariva ed effettivamente era l'espressione di una concezione borghese dello Stato, propria dell'Italia del primo dopoguerra. Un simile atteggiamento, come si diceva, ha portato alla costruzione di una disciplina positiva delle incompatibilità non troppo dissimile da quella precedente e capace di sopravvivere nell'età repubblicana, nel corso della quale l'istituto è mutato senza, tuttavia, radicali cambiamenti¹⁰.

3. La formulazione del 1957 e il consolidamento dei tratti dell'istituto ancora vigenti.

Con l'avvento della Repubblica, la Costituzione non solo rinnova l'Ordinamento giuridico ma disegna un nuovo sistema di gerarchia delle fonti, con la conseguenza che essa si pone come spartiacque tra il prima e il dopo di sé. Con riferimento all'istituto che interessa, tuttavia, la disciplina del 1923 non ha subito particolari modifiche ed è sopravvissuta, come in generale

⁹ Il testo integrale della *Relazione al Re* in MONTUORI, cit., p. 3 ss.

¹⁰ Sul tema, BATTINI, cit., p. 292 ritiene che la riforma del 1923 abbia in certo senso “completato” la organizzazione liberale della pubblica amministrazione secondo un modello “in grado di realizzare una doppia finalità: per un verso quello di garantire l'imparzialità e il distacco della burocrazia dai vertici politici (...) e per altro verso quello di evitare o contrastare la sindacalizzazione del corpo burocratico”. L'autore, tuttavia, in seguito precisa e puntualizza “la riforma De Stefani, al di là della continuità con gli orientamenti del periodo liberale e pur collocandosi ancora, prevalentemente, in una prospettiva di razionalizzazione degli apparati in vista di esigenze di carattere finanziario, non mancarono di evidenziare già alcuni tratti specifici, più direttamente collegati all'ideologia fascista” (p. 295). Differente la posizione di RUSCIANO, cit., p. 87, che riconosce nella legislazione del 1923 un “accentuarsi notevole dello spirito autoritario del rapporto di pubblico impiego attraverso un sistema che rafforza sotto tutti i profili i poteri dell'amministrazione”

l'assetto della pubblica amministrazione, fino alla riforma che ha portato in varie fasi alla promulgazione del DPR 3/1957, recante lo stato giuridico dei dipendenti civili dello Stato.

Tale norma ha ripreso e confermato la previgente disciplina in materia di incompatibilità e, stante l'esplicito richiamo effettuato dal D.Lgvo 165/2001, art. 53, essa risulta essere tutt'ora vigente.

Vediamone il contenuto.

L'art. 60 recita: *“l'impiegato non può esercitare il commercio l'industria né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro tranne che si tratti di cariche in società od enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del ministro competente”*.

Successivamente l'art. 61, nella formulazione originaria, escludeva l'applicazione del divieto in due casi; il primo è quello delle *“società cooperative tra impiegati dello Stato”* il secondo è quello per cui, previa autorizzazione del ministro o del capo dell'ufficio da lui delegato *“l'impiegato può essere prescelto come perito od arbitro”*. Con riferimento al primo caso è intervenuta una significativa modifica che ha generalizzato a tutte le società cooperative l'esclusione del divieto¹¹

L'art. 62 *“Nei casi stabiliti dalla legge o quando ne sia autorizzato con deliberazione del consiglio dei ministri l'impiegato può partecipare all'amministrazione o far parte di collegi sindacali in società o enti ai quali lo stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa”*

L'art. 63 prevede un'interessante puntualizzazione in materia procedurale: infatti prevede che al dipendente che viola il dovere di incompatibilità debba essere notificata una diffida a cessare l'incompatibilità, che, se ignorata, nei successivi 15 giorni determina la decadenza del dipendente.

Il fatto della violazione del dovere di incompatibilità può comunque dar luogo ad azione disciplinare.

¹¹ Art. 18 della L. 13 gennaio 1992, n. 59 ha riscritto la previsione del primo comma che ora recita *“Il divieto di cui all'articolo precedente non si applica nei casi di società cooperative”*.

Torneremo in seguito sulle questioni connesse all'applicazione di questa disciplina. Per ora, confrontandola con quella precedente, pare opportuno soffermare l'attenzione sull'apparato sanzionatorio. Esso prevede che, seppure soltanto in seguito a diffida, il dipendente che viola i doveri di cui all'art. 60 può decadere dall'impiego. Qualora, facendo cessare l'incompatibilità, il dipendente non incorra nella decadenza e si conservi il rapporto di impiego, l'eventuale sanzione disciplinare connessa alla violazione non risulta tipizzata. Infatti, nella parte del decreto 3/57 dedicata alla disciplina non si fa mai riferimento alla sanzione correlata alla violazione dell'art. 60 (mentre abbiamo visto che i testi del 1908 e del 1923 individuavano in proposito la specifica sanzione).

E' dunque nella previsione sanzionatoria che si legano le differenze più sostanziali: possibile decadenza e/o adozione di provvedimenti disciplinari, senza tuttavia che sia possibile ricondurre l'infrazione ad una specifica sanzione tra quelle previste.

E' ragionevole pensare che la sanzione appropriata possa essere quella connessa all'inosservanza dei doveri d'ufficio, di cui all'art. 80, lettera c) che implica la sanzione della riduzione dello stipendio ¹².

II. L'art. 98, primo comma, della Costituzione non impone al legislatore di prevedere l'obbligo di esclusività del rapporto di lavoro pubblico.

Occorre soffermarsi un momento in riferimento ad un problema contingente. Come abbiamo visto e vedremo meglio, la definizione dell'istituto che ci occupa e la relativa disciplina non trovavano nè al loro sorgere nè nella loro

¹² Dpr 3/57 art. 80: *“Riduzione dello stipendio- La riduzione dello stipendio non può essere inferiore ad un decimo nè superiore ad un quinto d'una mensilità di stipendio e non può avere durata superiore a sei mesi.*

La riduzione dello stipendio determina il ritardo di un anno nell'aumento periodico dello stipendio a decorrere dalla data in cui verrebbe a scadere il primo aumento successivo alla punizione. La riduzione dello stipendio è inflitta: a) per grave negligenza di servizio; b) per irregolarità nell'ordine di trattazione degli affari; c) per inosservanza dei doveri d'ufficio; d) per contegno scorretto verso i superiori, i colleghi, i dipendenti ed il pubblico; e) per comportamento non conforme al decoro delle funzioni; f) per violazione del segreto d'ufficio.”

Non ho trovato giurisprudenza in proposito. La regolazione della materia, dopo la contrattualizzazione è stata demandata alla contrattazione, con conseguente disapplicazione della norma riportata ad opera dell'allegato A del D.Lgvo 165/2001.

sopravvivenza in epoca prerepubblicana altro fondamento che la norma positiva di rango legislativo (coerentemente con la sistemazione ordinamentale che non conosceva gerarchia delle fonti articolata come quella propria del rigido sistema costituzionale repubblicano).

L'avvento della Costituzione ha modificato radicalmente il sistema di gerarchia delle fonti e parte della dottrina lavoristica sembra aver voluto sostenere che l'istituto delle incompatibilità sia stato in qualche modo costituzionalizzato dall'art. 98, primo comma, del Testo fondamentale.

Pertanto è opportuno chiedersi fin d'ora se la previsione delle incompatibilità del pubblico dipendente, pur avendo origine e tradizione prerepubblicana, possano essere oggi imposte alla legislazione positiva da un precetto di rango costituzionale.

Come si diceva, su questa linea, seppure in modo non rigoroso e comunque poco convincente, sembra essersi posta gran parte della dottrina lavoristica ¹³. Tuttavia si tratta di una lettura che non trova conferma né nella letteratura costituzionalista né nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

¹³ Ritengono che la disciplina delle incompatibilità del pubblico dipendente sia in qualche modo necessitata dalla previsione dell'art. 98 comma primo: PALMIERI, *Il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Rimini, 1995, p.99; FALCONE, *Il part time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controlli)*, in LPA, 1999, p. 542; PAOLUCCI, *Incompatibilità cumulo di impieghi ed incarichi*, in CARINCI ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino 2004, p. 797 (la medesima autrice non aveva affrontato la questione in *Il regime delle incompatibilità*, in CARINCI D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. 29/1993 ai d.lgs. nn 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Commentario, Milano, 2000); TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA, 2007, p. 1098, che ribadisce quanto già sostenuto in NOVELLO TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, p. 15; GUARISO, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l'impossibile quadratura del cerchio*, in RCC, 1997, osserva che nonostante la contrattualizzazione, "rimane pur sempre il precetto costituzionale che pone gli impiegati al "servizio esclusivo della Nazione" a giustificare la permanenza di quel legame più intenso ed esclusivo con il datore di lavoro pubblico cui consegue una sorta di "potere di ingerenza" di quest'ultimo sulla gestione del tempo non lavorato dal dipendente" (p. 701). Diversamente CORSO-GIULIANO, *Commento all'art 58 d.lgs. 29 del 1993* in CORPACI-RUSCIANO-ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pp.aa.*, in NLCC, 1999, segnalano in maniera dubitativa la questione, senza particolare approfondimento ma, richiamando la problematicità del tema e senza addivenire ad una conclusione, parlano dell'"ingombrante presenza dell'art. 98" (p. 1399). Fonda la previsione dell'incompatibilità ora sull'art. 98 ora sull'art. 97 GAGLIARDI, *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *Foro Amministrativo-C.d.S.*, 2004, p. 2562 ss. Infine, di segno decisamente opposto, ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, 1998, che auspicando una generalizzazione della normativa vigente per i dipendenti part time, sostiene che non vi sarebbero ostacoli costituzionali in quanto l'art. 98 "riguarda i doveri dell'impiegato nell'adempimento delle proprie funzioni/mansioni" (p. 152).

Il testo dell'art. 98, come noto, recita: *“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.*

Se sono membri del parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità.

Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.”

Abbiamo rilevato come, secondo una ricorrente lettura, il primo comma “costituzionalizzerebbe” un principio fondamentale che nell'istituto che ci occupa troverebbe la sua concreta attuazione mentre, per speculare conseguenza, si dovrebbe riconoscere in capo al legislatore un obbligo di mantenere in vigore la disciplina dell'istituto.

Fin dai primi commenti alla Costituzione, la previsione dell'art. 98 appare come la espressione della preoccupazione del Costituente volta a garantire l'indipendenza del pubblico impiegato (di qualsiasi rango) da influenze e pressioni di natura politica.

Nell'immediatezza della introduzione del sistema costituzionale è stato affermato che il principio di cui all'art. 98 comma 1, è un principio che si *“connette al dovere di fedeltà degli impiegati di cui è un aspetto autonomo e che ha un valore essenzialmente etico per cui sfugge come tale, almeno in gran parte, ad una positiva disciplina giuridica quale espressione di osservanza delle istituzioni”* strettamente connesso al giuramento di fedeltà¹⁴: *“In base a*

¹⁴ In relazione allo specifico argomento della incompatibilità, l'idea di ricondurre tale obbligo del dipendente pubblico *“ai doveri enunciati nella formula del giuramento”* è in SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1952, p. 111. Anche VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1991, p. 191, afferma che *“dallo status di pubblico impiegato derivano a carico del dipendente alcuni doveri”* e che tali doveri si desumono da norme positive, dalle previsioni che puniscono le infrazioni e dalla *“formula del giuramento”*. In proposito rileva notare che all'obbligo del giuramento (previsto dall'art. 11 del Dpr 3/57, che ne definiva anche la formula solenne) era evidentemente connessa la particolare posizione del dipendente verso il proprio datore (lo Stato), con l'effetto di differenziare totalmente la sua posizione rispetto a quella di qualsiasi altro comune lavoratore. Tuttavia, a conferma della radicale trasformazione del rapporto di lavoro pubblico dovuto alla riforma, l'art. 3 del Dpr. 253/01 ha abrogato l'art. 11 del Dpr 3/57, limitando l'obbligo del giuramento solo per personale di cui all'art. 2, comma 4, del D.Lgvo 29/93 (oggi art. 3 del D.Lgvo 165/01): ovvero al solo personale mantenuto in regime di diritto pubblico.

E' pertanto evidente che ogni riferimento al giuramento quale presupposto e giustificazione della disciplina delle incompatibilità perde, per il personale contrattualizzato, qualsiasi spessore. In generale sul giuramento, si veda VENTURA, *Voce Giuramento*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, p.333 ss., che con riferimento ai pubblici dipendenti non lega la previsione al dovere di esclusività della prestazione, ma esclusivamente al fedele espletamento dei loro obblighi d'ufficio (anche se lo riferisce all'art. 13 del medesimo Dpr

tale principio l'impiegato nell'esercizio delle sue funzioni non è al servizio di un partito, ma al servizio della Nazione che lo stesso partito al potere serve". Prosegue il testo: "l'impiegato inoltre non è libero di svolgere un'azione in contrasto con le direttive politiche del governo che debbono presumersi in armonia con la volontà e con la coscienza giuridica e politica della collettività in quanto ad esse possa essere improntata la cura dei pubblici interessi che gli è affidata o alla quale partecipa. Tuttavia l'impiegato rimane libero, al di fuori del rapporto di servizio di scegliere e professare una fede politica e di allontanarsene senza che i vincoli politici o giuridici gliene facciano divieto."

15

La formulazione dell'art. 98 è, come messo in evidenza dalla dottrina costituzionalistica, assai composita, dal momento che fissa, oltre alla regola dell'esclusivo servizio della nazione imposto ai pubblici impiegati (comma 1), la previsione secondo la quale i pubblici impiegati nel corso del mandato parlamentare non possano conseguire promozioni, se non per anzianità (comma 2), e quella secondo la quale si riserva alla legge ordinaria la possibile restrizione, in capo a particolari categorie di pubblici dipendenti, della libertà di iscrizione a partiti politici (comma 3).

La analisi storica ha evidenziato come la formulazione del primo comma fosse stata nel corso del dibattito in commissione legata alla formulazione degli altri principi in materia di organizzazione amministrativa, confluiti poi nell'attuale art. 97¹⁶.

Al di là della ricchezza di spunti di riflessione e di analisi offerti dalla norma ai costituzionalisti, si può, per quanto qui interessa, sottolineare che essi

3/57, anch'esso non più efficace in quanto disapplicato in seguito alla contrattazione di comparto ex allegato A del D.lgvo 165/01) e ancor prima all'art. 54 comma 1 e all'art. 98 della Costituzione.

¹⁵ CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da CALMANADREI, CANTUCCI LEVI, Firenze, 1950; le citazioni a proposito dell'articolo 98 sono nel Volume II, pag. 161 e 162.

¹⁶ Con generale riferimento agli articoli 97 e 98 si vedano CRISAFULLI PALLADIN *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990 e poi BARTOLLI BIN, *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008. Puntuale l'attenzione di PINELLI, *Commento all'art. 98 in La pubblica amministrazione: articoli 97 e 98*, nel *Commentario alla Costituzione* a c. di BRANCA PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, pag. 412 e ss. In particolare per la ricostruzione della formazione del testo dell'attuale art. 98 si veda: SAITTA, *Commento all'art. 98*, in *Commento alla Costituzione*, a c. di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Milano 2006, vol II pag. 1909 ss.

costantemente e con precisione, hanno ricondotto la previsione di cui al comma primo alla costituzionalizzazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, senza mai attribuirle alcuna ricaduta in termini di rapporto di lavoro.

In altre parole, si tratta di un principio assoluto, volto a fornire al legislatore un precetto in termini di scopo, cui quest'ultimo dovrà/potrà giungere utilizzando gli strumenti legislativi che riterrà più opportuni.

Non a caso il costituente si premura di specificare che, al fine di perseguire tale scopo, si deve impedire che l'esercizio di funzioni parlamentari possa giovare in termini economici e di carriera al pubblico dipendente/deputato, così come può essere legittimo, in certi specifici e limitati casi e con la tutela costituita dalla riserva di legge, comprimere fondamentali diritti quale quello di iscrizione ai partiti politici.

La norma dunque appare volta a garantire l'indipendenza tra esercizio dell'azione amministrativa e potere politico, cioè inequivocabilmente a garantire l'imparzialità della prima e la sua indipendenza dalla seconda ¹⁷.

In proposito si è osservato il chiaro ed esplicito riferimento attuato dai costituenti al modello costituzionale di Weimar ¹⁸ e, sul piano storico, alla appena conclusa esperienza totalitaria.

Infatti la formulazione, che fa riferimento al concetto di Nazione abitualmente non utilizzato e distinto tanto dallo Stato, quanto dalla Repubblica, sembra volere eliminare in radice la possibile equivoca equazione amministrazione/governo.

E' comunque in tale direzione che i commentatori hanno, unanimemente pur con differenti accenti, indagato e dato spessore alla previsione.

In buona sostanza il comma primo afferma che gli agenti nell'esercizio delle funzioni pubbliche non possono rispondere ad altri interessi che quelli della Nazione con esclusione di ogni ingerenza di tipo politico, come esplicitamente suggeriscono il comma secondo e il comma terzo.

¹⁷ SAITTA, *cit.*, p. 1911 sottolinea come in sede costituyente, ad opera di Mortati, si sia posto il problema di assicurare ai pubblici dipendenti protezione dai partiti.

¹⁸ Si veda PINELLI, *sub art. 98*, in *Commentario alla Costituzione* fondato da BRANCA e continuato da PIZZORUSSO, Roma, 1994, pag. 413. Sul punto si veda anche CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991 pag. 58 (e nota 110).

E' evidentemente strettissimo il legame tra l'articolo 98 comma 1 (e in generale di tutta la previsione) e quanto stabilito dall'articolo 97, che impone l'indipendenza dell'azione amministrativa e l'obbligo del suo buon andamento. Binomio quello di imparzialità e buon andamento (inteso come efficienza) che ha posto e pone non rari problemi di temperamento.

In buona sostanza si tratta della affermazione di un principio di assoluta indipendenza degli impiegati pubblici rispetto alla politica, intesa sia come dipendenza dal governo ma anche (e forse ancor di più) come dipendenza da gruppi di potere e di pressione politica. E' di assoluta evidenza che tale indipendenza, agli occhi dei costituenti, condizionati come erano dalla propria recente esperienza e dalla coeva situazione socio economica del paese, si connotava in concreto come indipendenza politica, mentre nel corso del tempo si è andati prendendo atto (per altro senza trovarvi rimedio, nè sul piano legislativo nè, soprattutto, su quello culturale e della prassi politica) del fatto che tale indipendenza dovrebbe essere garantita anche nei confronti di altri possibili centri di interesse e di potere, di natura prevalentemente economica (ma non solo).

Fermo quindi che i costituenti pensavano al dovere di esclusività dei pubblici dipendenti nei termini esposti, quale generale enunciazione di un principio di indipendenza degli operatori dell'amministrazione, finalizzata a rendere possibile il principio di imparzialità dell'azione amministrativa, appare evidente che l'istituto dell'incompatibilità non parve in contrasto con la legislazione precostituzionale ancora vigente in materia di pubblico impiego. Tale legislazione infatti prevedeva un regime di incompatibilità del pubblico dipendente che, pur nato in un contesto ordinamentale differente e, soprattutto, sviluppatosi nella prospettiva e col fine di un accentramento dell'amministrazione e del suo legame con l'esecutivo, appariva pienamente compatibile con l'articolo 98 comma 1: conseguentemente nella stesura del nuovo testo sul pubblico impiego del 1957, il legislatore sembra ritenere conforme alla Costituzione la previsione di un sistema in cui lo *status* di pubblico dipendente, in un contesto in cui il pubblico impiego in generale è sottratto al diritto comune e mantenuto nell'ambito del diritto pubblico, fosse

ab origine condizionato dalla presenza di una nozione di fedeltà giuridicamente qualificata da particolari contenuti positivi ¹⁹.

In realtà c'è di più: i commentatori non misero in relazione la disciplina relativa alle incompatibilità con la nuova previsione costituzionale. Ben lungi dal fondare (in termini di necessità costituzionale) sul comma in parola la disciplina legislativa, essi non ritennero problematico riconoscere una sorta di costituzionalizzazione della disciplina vigente in materia di esclusività della prestazione lavorativa del pubblico impiegato, anche se non esplicitarono le ragioni di tale pacifica "acquisizione" ²⁰.

A conferma di quanto appena esposto, osserveremo tra poco che nelle riedizioni di opere di autori assai importanti effettuate tra gli anni Trenta e i successivi anni Cinquanta, la parte relativa alla esposizione dell'istituto delle incompatibilità è stato riproposto con identica formulazione sia prima che dopo l'avvento della Repubblica, e anzi si sottolinea che la medesima continuità si è verificata anche in seguito alla riforma del 1957.

Quanto fin qui richiamato impone di concludere per l'assoluta indipendenza dell'istituto dalla previsione costituzionale e conseguentemente porta ad affermare che l'istituto non presenta carattere di necessità costituzionale, essendo la previsione della Carta fondamentale un'enunciazione di principio, volta a garantire l'imparzialità della azione amministrativa.

¹⁹ Con riferimento ai rapporti tra obbligo di concorrere al progresso morale e materiale della società (art. 4 Cost.) e obbligo di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.) e obbligo di servizio esclusivo alla Nazione (art. 98 Cost.) cfr. SAITTA, cit., p. 1914.

Anche se risulta "datato" e superato dai fatti, interessanti osservazioni in merito alla necessaria specificità del lavoro pubblico sono formulate, prima della riforma e in presenza del dibattito in materia, da CARIOLA, cit., che fa riferimenti normativi in gran parte superati. In particolare sulla fedeltà del dipendente pubblico le pag. 80 ss.

²⁰ Non in riferimento alla disciplina delle incompatibilità, ma in termini generali e con riferimento al passaggio alla prima fase dell'epoca repubblicana, BATTINI, cit., p. 309, osserva: *"un duplice effetto delle norme costituzionali in materia di pubblico impiego: per un verso quello di "ingessare" – e dunque consolidare ulteriormente – norme e modelli elaborati nel precedente contesto storico; per altro verso, quello invece di introdurre, contemporaneamente, principi innovativi che premono proprio nel senso di una revisione dei precedenti modelli"*. RUSCIANO, cit., p. 151, sostiene *"che il Costituente abbia finito con l'accogliere il sistema unitario del pubblico impiego nella sua versione tradizionale"*

E' superfluo sottolineare che l'assenza di un obbligo costituzionale è ben lungi da comportare un divieto di segno opposto ²¹, per cui sgomberato il campo dall'erroneo presupposto che la previsione dell'istituto delle incompatibilità nel pubblico impiego sia costituzionalmente necessaria, il problema relativo alla presenza dell'istituto nell'ordinamento dovrà essere riformulato con riferimento alla valutazione delle modalità con cui il legislatore esercita la propria discrezionalità e opera concrete scelte di diritto positivo.

1. La giurisprudenza della Corte Costituzionale relativa all'art. 98 della Costituzione.

In proposito si osserva che la Corte Costituzionale ha raramente utilizzato nelle sue decisioni l'art. 98 c.1, e che nel farlo non si è mai trovata a confermare affermazioni (pur formulate dai ricorrenti) volte a affermare la necessaria correlazione tra art. 98 c. 1 e divieto per i pubblici dipendenti di svolgere attività extralavorative (per lo più professionali). Diversamente la Corte ha fatto ricorso all'art. 98 c. 1 solo per ricollegarne la previsione al principio di imparzialità dell'amministrazione dalla politica (di cui all'art. 97).

In proposito vale la pena ricordare alcuni interventi della Consulta in riferimento alle modalità di composizione delle commissioni nei pubblici concorsi finalizzati all'assunzione di personale pubblico.

Con tre sentenze differenti ²² (la n. 453/1990, la n. 333/1993 e la n. 416/1993), ma in stretto collegamento tra di loro, la Corte costituzionale ha affermato il

²¹ In proposito non si possono non richiamare le pungenti osservazioni formulate da TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA, 2007, p. 1122-1125, a proposito delle differenti (e contrastanti) soluzioni utilizzate dalla Corte Costituzionale per "salvare" il legislatore con riferimento alla estensione prima ed esclusione poi della facoltà per i dipendenti pubblici part time di svolgere la professione forense.

²² Le citate sentenze hanno dichiarato costituzionalmente illegittime alcune previsioni di leggi regionali nella misura in cui, nella composizione delle commissioni giudicatrici per i concorsi finalizzati all'assunzione di dipendenti pubblici attribuivano preponderanza (o addirittura presenza esclusiva) alle componenti politiche rispetto a quelle degli esperti "tecnici". Le norme dichiarate illegittime: la L. R. Sicilia 125/1980, che prevedeva che le commissioni dei concorsi provinciali e comunali fossero presiedute dal rappresentante legale dell'ente, da cinque membri eletti dal consiglio, rappresentativi anche delle minoranze, da un esperto designato dal legale rappresentante dell'ente e da un rappresentante delle organizzazioni sindacali (sent. 453/90); la L.R. Friuli Venezia Giulia 54/1983, che prevedeva che la commissione giudicatrice di concorsi interni della Regione fosse composta dal Consiglio di amministrazione della stessa regione (sent. 333/93); la L.R. Calabria 55/1990, che prevedeva, sempre in riferimento alle selezioni interne del personale che le commissioni fossero presiedute dal presidente della regione e che i membri fossero l'assessore regionale al personale, due consiglieri regionali (uno

principio secondo il quale l'art. 98 primo comma, così come l'obbligo del concorso per la selezione dei pubblici dipendenti (rt. 97 comma 3), deve interpretarsi come una norma posta a garanzia dell'imparzialità e della correttezza dell'azione amministrativa, quali principi da considerarsi naturali corollari del principio di imparzialità *“in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione”* (sent. 453/1990).

Una ulteriore conferma della non immediata correlazione della previsione costituzionale dell'art. 98 comma 1 con la disciplina delle incompatibilità

di maggioranza e uno di opposizione) e un rappresentante sindacale (con qualifica non inferiore a quella prevista per il posto messo a concorso) (sent. 416/93). Ampia ed eloquente la motivazione della Corte: *“L'art. 97, primo comma, Cost. individua nella “imparzialità” dell'amministrazione uno dei principi essenziali cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici. Alla salvaguardia di tale principio si collegano anche le norme costituzionali che individuano nel concorso il mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici (art. 97, terzo comma) e che pongono i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione (art. 98). Sia l'una che l'altra di tali norme si pongono, infatti, come corollari naturali dell'imparzialità, in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del “governo” - che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell’“amministrazione” - che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento. Si spiega, dunque, come in questa prospettiva, collegata allo stesso impianto costituzionale del potere amministrativo nel quadro di una democrazia pluralista, il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione. Ma per realizzare tale esigenza, anche il concorso - nelle sue modalità organizzative e procedurali - deve in ogni caso ispirarsi al rispetto rigoroso del principio di imparzialità: principio che, in questa materia, impone il perseguimento del solo interesse connesso alla scelta delle persone più idonee all'esercizio della funzione pubblica, indipendentemente da ogni considerazione per gli orientamenti politici e per le condizioni personali e sociali dei vari concorrenti.*

Il principio d'imparzialità è destinato, pertanto, a riflettersi anche sulla composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici, in quanto organi dell'amministrazione destinati a garantire la realizzazione di tale principio nella provvista delle persone cui affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche. Ma questo non comporta anche - stante l'indissolubile collegamento esistente, pure nell'ambito degli enti locali, tra livello “amministrativo” e livello di “governo” - che le commissioni di concorso non possano essere formate attraverso una scelta operata dall'organo rappresentativo dell'ente ed, eventualmente, anche con l'adozione di meccanismi (quali il voto limitato o la maggioranza qualificata) destinati a garantire la partecipazione alla decisione delle minoranze presenti nell'organo. Comporta, invece, che, nella formazione delle commissioni, il carattere esclusivamente tecnico del giudizio debba risultare salvaguardato da ogni rischio di deviazione verso interessi di parte o comunque diversi da quelli propri del concorso, il cui obbiettivo non può essere altro che la selezione dei candidati migliori. Tale esigenza impone che, nella composizione delle commissioni, la presenza di tecnici o esperti - interni o esterni all'amministrazione, ma in ogni caso dotati di adeguati titoli di studio e professionali rispetto alle materie oggetto di prova - debba essere, se non esclusiva, quanto meno prevalente, tale da garantire scelte finali fondate sull'applicazione di parametri neutrali e determinate soltanto dalla valutazione delle attitudini e della preparazione dei candidati.” (C.Cost. Sent. n.453 del 1990).

prevista dall'ordinamento positivo, si ricava da una ulteriore decisione, direttamente connessa al problema delle incompatibilità.

La Consulta è stata investita della questione di legittimità costituzionale della legge provinciale di Trento n. 6 del 2004. La previsione impugnata attribuiva al *“personale insegnante temporaneo”* o con contratto a termine non superiore ad un anno la possibilità di svolgere, previa autorizzazione, *“altre attività”* purchè essa *“non determini conflitto di interesse con l'amministrazione di appartenenza o sia incompatibile con il rispetto degli obblighi di lavoro”* (art. 4 comma 5 lett. b) che interviene sull'art. 47 della legge provinciale 7 del 1997. Orbene, tra le varie censure sollevate contro la legittimità della norma, vi era anche quella relativa alla violazione dell'obbligo costituzionale di esclusività di cui all'art. 98 comma 1. La Corte ²³, tuttavia, addentrandosi in una difficile interpretazione della norma, ha ignorato totalmente il riferimento all'art. 98 e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale esclusivamente sul fatto che, stanti le norme costituzionali e quelle statutarie, la disciplina della materia scolastica è di esclusiva competenza nazionale. Ha conseguentemente ritenuto la legge provinciale illegittima per violazione delle previsioni di cui all'art. 508 del D.lgvo 297/1994 e all'art. 53 del D.lgvo 165/2001.

Concludendo, possiamo affermare che non è in alcun modo possibile ritenere che la previsione di cui all'art. 98 c. 1 costituisca una sorta di *“costituzionalizzazione”* della disciplina sulle incompatibilità. Si può piuttosto

²³ Corte Costituzionale, sent. n. 407 del 2005: *“Nel disporre dunque, che il personale insegnante temporaneo delle scuole a «carattere statale» possa, previa autorizzazione della competente struttura, svolgere «altra attività a condizione che la stessa non determini conflitto di interessi con l'amministrazione di appartenenza o sia incompatibile con il rispetto degli obblighi di lavoro», la disposizione censurata eccede la competenza statutaria della Provincia di Trento in materia di istruzione elementare e secondaria (art. 9, numero 2), contrastando con il principio posto dall'art. 508 del d.lgs. n. 297 del 1994. Essa, infatti, rende possibile, per il predetto personale, lo svolgimento di “altra attività” senza alcuna limitazione di oggetto, laddove, invece, la legge statale consente al personale docente unicamente l'esercizio della libera professione, previa autorizzazione del dirigente scolastico (art. 508, comma 15, del d.lgs. n. 297 del 1994). Deve quindi, essere dichiarata l'incostituzionalità della disposizione denunciata, nella parte in cui si riferisce anche al personale insegnante temporaneo delle scuole di istruzione elementare e secondaria della Provincia di Trento a “carattere statale”*. Seppure incidentalmente, la Corte, decidendo in merito a questione relativa alle mansioni superiori nel pubblico impiego, ha avuto occasione di specificare che la previsione dell'art. 98 *“vieta la logica del rapporto di scambio”* con riferimento alla valutazione del rapporto di pubblico impiego (C.Cost. Sent. n. 236 del 1992).

affermare che la norma sovordinata può fornire una copertura legittimante alla norma sottordinata.

Non si può certamente ritenere che la legislazione repubblicana in materia di incompatibilità sia necessitata dalla previsione dell'articolo 98 comma 1 della Carta Costituzionale, anzi è vero il contrario: la previsione di cui all'articolo 98 comma 1 non si può correlare alla (presunta) necessità che l'ordinamento ordinario contempli un generale obbligo di esclusività della prestazione dell'impiegato a vantaggio del datore di lavoro pubblico. E tale evidenza è confermata in maniera lampante dalla legislazione sul *part time* nel pubblico impiego.

2. La disciplina sul *part time* conferma l'inesistenza di un obbligo costituzionale di esclusività del dipendente pubblico.

Fermo quanto fin qui esposto relativamente alla previsione costituzionale contenuta nel primo comma dell'articolo 98, il fatto che il dipendente *part time* (con prestazione pari o inferiore alla metà di quella "normale") possa svolgere attività extraistituzionale mette in evidenza, in maniera conclamata, che quel testo non impone al legislatore di prevedere l'esclusività del rapporto di lavoro pubblico.

Infatti, se il principio di esclusività in capo al pubblico dipendente avesse rango costituzionale, per ciò stesso sarebbe del tutto svincolato dalla quantità di lavoro svolto dal dipendente pubblico, con la conseguenza - di tutta evidenza - che ad esso sarebbe comunque sottoposto anche il dipendente a tempo parziale. Nè sarebbe possibile al legislatore ordinario porre eccezioni al principio che la norme superiore pone come assoluto e inderogabile (inderogabilità tanto più evidente se si confronta il comma primo con il comma terzo, nel quale il costituente attribuisce al legislatore ordinario la potestà di porre limiti alla libertà di iscrizione ai partiti politici in capo a determinati pubblici dipendenti). Proprio la previsione di cui al terzo comma conferma che la previsione del primo ha natura e *ratio* del tutto differente rispetto a quella che gli viene frequentemente attribuita dalla dottrina lavoristica, qui contestata.

La esclusività della prestazione non è un portato dello *status* di pubblico dipendente, in quanto in tale caso non avrebbe nessun rilievo il *quantum* della

prestazione dedotta nel rapporto di lavoro pubblico, essendo sufficiente la sua esistenza per impedire al dipendente lo svolgimento di qualsiasi altra attività ²⁴. E' allora evidente che, una volta affermata l'assenza di una legame necessitato tra *status* di pubblico impiegato ed esclusività della prestazione lavorativa, l'analisi e il giudizio sulla normativa vigente può svolgersi con riferimento a parametri di opportunità e coerenza interna, oltre che con riferimento a principi costituzionali (tra i quali però non esiste una previsione che rende necessaria una disciplina delle incompatibilità costruita sul principio di esclusività della prestazione lavorativa).

E' opportuno segnalare che questa evidenza non è stata adeguatamente sottolineata dalla dottrina; tale letteratura, anzi, giunge ad affermare che l'articolo 98 imporrebbe un obbligo di esclusiva al solo personale full time, senza però giustificare minimamente come possa accadere che la norma ordinaria venga a contraddire quella costituzionale ²⁵. In riferimento al problema si è affermato che è necessario concedere al personale part time la possibilità di svolgere una seconda occupazione in quanto, diversamente, l'obbligo di esclusività, qualora imposto al dipendente part time finirebbe per "cozzare con il principio di retribuzione sufficiente ex articolo 36 Cost." ²⁶. In sostanza, si sostiene, il dipendente "a metà stipendio" non potrebbe conseguire una retribuzione "costituzionalmente compatibile". L'osservazione mi pare ben poco significativa. Infatti, se l'imposizione dell'esclusività del rapporto di impiego con l'amministrazione fosse costituzionalmente necessitata, fosse cioè connessa alla "qualità" soggettiva di pubblico dipendente, non sarebbe possibile eluderla in base a criteri meramente "quantitativi" e il ricorso al part

²⁴ Anche MONTINI, *Il part time dei dipendenti pubblici ed i limiti allo svolgimento della libera professione*, in LPA, 2001, pagg. 655-662, sottolinea la incongruenza di disposizioni sul part time che ammettano esercizio di attività extralavorative a fronte del divieto generalizzato per i dipendenti a tempo pieno (p. 661).

²⁵ FALCONE, *Il part time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controlli)*, in LPA, 1999, p. 542; MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000. Anche CARABELLI CARINCI M.T. (a c.) *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2007, p. 132 sostengono, senza ulteriore argomentazione, che "il principio di esclusività" dei pubblici dipendenti fondato sull'art. 98 Cost. sarebbe stato "attenuato" allo scopo di incentivare il part time. Tuttavia non spiegano come un principio costituzionale possa essere derogato dal legislatore ordinario.

²⁶ GUARISO, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l'impossibile quadratura del cerchio*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1997, pag. 704.

time da parte del lavoratore sarebbe semplicemente una facoltà riservata a chi intendesse dedicare al lavoro meno tempo di quello “normale” e per ciò soltanto optasse per un rapporto part time (per sua natura retribuito proporzionalmente rispetto al lavoro a tempo pieno). Si accenna soltanto al fatto che la richiamata lettura implica una interpretazione decisamente rigida dell’articolo 36 che renderebbe illegittimi tutti i part time che non venissero “completati” con altre attività retribuite. Inoltre, con riferimento al caso specifico del pubblico impiego, la posizione citata non considera adeguatamente il fatto che la trasformazione del rapporto da part time a full time, e viceversa, è (pressoché) sempre possibile al lavoratore ²⁷; conseguentemente, nel rispetto sia del principio di esclusività sia delle esigenze economiche del dipendente sia, infine, della necessità di contenere la spesa pubblica se ciò fosse imposto dalla Costituzione (come non si ritiene che sia) il rapporto del dipendente pubblico part time dovrebbe essere esclusivo esattamente come il rapporto a tempo pieno.

D'altra parte, non credo si possa dubitare che nello svolgimento della propria attività il dipendente part time non abbia il medesimo obbligo di prestare la propria opera agendo nell'esclusivo interesse della Nazione, esattamente come deve fare il collega full time. Il richiamo alla Nazione e al suo esclusivo interesse come valore costituzionalmente assoluto, può diventare criterio di valutazione di un comportamento (in termini di legittimità o meno) solo con riferimento al concreto esercizio della attività del singolo quale dipendente pubblico e in relazione al tempo in cui ricopre le funzioni. E' del tutto irrilevante, con riferimento a tale esclusività dell'interesse perseguito (quello della Nazione), quale sia sul piano quantitativo l'impegno dovuto dal dipendente.

In realtà la disciplina del part time e l'incentivo che ad esso viene fornito, afferma con chiarezza che lo stesso legislatore ritiene che il principio di cui all'articolo 98 della Costituzione non impone un generale obbligo di connettere la prestazione del lavoratore pubblico al vincolo di esclusività. Nè la Consulta ha messo in discussione tale convincimento.

²⁷ O almeno lo era al momento dell'introduzione della disciplina di cui ai commi 57 e seguenti dell'originaria formulazione dell'articolo 1 della L. 662 del 1996: infatti la riforma di quella norma, ad opera del D.L. 112/2008, ha certamente mutato l'atteggiamento del legislatore in relazione alla trasformazione dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.

Corre dunque la necessità di chiarire fin d'ora che la legge 421/1992, sottraendo alla contrattazione la disciplina delle incompatibilità nel pubblico impiego e prevedendo la riserva di legge sulla materia, non ha operato un necessario rispetto dell'articolo 98, ma ha operato una propria (e discutibile) valutazione di opportunità in relazione alle modalità e ai fini della riforma che andava a disegnare.

III. Alla ricerca di una (dinamica) *ratio* dell'istituto

A fronte del descritto quadro normativo in termini di diritto positivo, si è cercato di individuare una *ratio* che giustificasse, o quanto meno sorreggesse sul piano teorico, la formulazione dell'istituto.

1. La dottrina non ha individuato criteri coerenti.

All'epoca dell'introduzione dell'istituto delle incompatibilità (1908), e più in generale a cavallo tra il XIX e il XX secolo, si era andata sviluppando, nell'ambito del tradizionale dibattito sulla natura dello Stato e dei suoi poteri, una vivace discussione sull'organizzazione e i fondamenti dell'apparato amministrativo. Accadde così che il Diritto Amministrativo, cominciò a porsi il problema non solo degli equilibri tra poteri dello Stato e della disciplina del rapporto esistente tra questo e i cittadini in generale, ma alcuni studiosi si chiesero anche quale dovesse essere la posizione di quei cittadini che assumano, in tutta libertà personale e dietro compenso, specifiche funzioni al servizio dello Stato, facendo dello svolgimento di tali funzioni la propria abituale attività nonché la propria fonte di sopravvivenza. Il dibattito che si andò sviluppando sulla natura giuridica di tale rapporto portò all'elaborazione di differenti teorie, tutte incentrate sulla oggettiva presenza di elementi pubblicistici ed elementi privatistici nella disciplina di tali rapporti.

Una puntuale e interessantissima ricostruzione del dibattito è stata operata da Battini ²⁸. Possiamo pertanto limitarci a sottolineare che, ferma la disposizione positiva, l'imposizione dell'esclusività da parte dell'amministrazione nei confronti dei propri dipendenti sarebbe risultata sostanzialmente "giustificabile" in considerazione degli elementi "pubblici" presenti nel rapporto di lavoro con lo Stato.

Nessun autore però si è peritato di provvedere a giustificare l'esistenza dell'istituto in base all'una o all'altra delle teorie che si sono confrontate. Per quanto riguarda lo specifico punto di osservazione che qui interessa, ci si limita a rilevare che, in un contesto in cui la materia connessa al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici ha faticato a trovare autonoma considerazione, l'istituto delle incompatibilità non è stato nei fatti argomento di discussione significativo. Ponendoci dunque in una differente prospettiva, abbiamo dovuto osservare che, là dove si incontrano interventi dei commentatori ed essi hanno argomentato l'esistenza dell'istituto, ciò non è avvenuto in base ad una specifica teorica del rapporto di pubblico impiego, bensì in base a valutazioni di natura non giuridica, ma, oserei dire, sociologica, che non ponevano agli occhi degli osservatori nessun problema di legittimità in termini teorici.

In particolare Pacinotti ²⁹, addirittura prima che la norma del 1908 venisse promulgata (ma forte del dibattito precedente che aveva portato alla formulazione di numerosi progetti di legge poi naufragati ³⁰), ha individuato

²⁸ Sul dibattito teorico sviluppatosi in Italia, anche con riferimento alle presupposte elaborazioni della dottrina tedesca, relativo alla natura del rapporto di lavoro con lo Stato, si sofferma ampiamente BATTINI, cit., p.197-288, alle quali si rinvia anche per il ricchissimo corredo bibliografico sul tema. Per un quadro più sintetico, che risulta comunque di grande chiarezza, GIANNINI, cit., pp. 300-304. Si veda sul tema anche PASSANITI, cit., p. 238 ss. Assai interessante risulta leggere la descrizione delle posizioni dottrinali in parola nella coeva esposizione di ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1908, p. 98 ss. e, in generale, anche ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926

²⁹ PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni secondo il diritto positivo italiano, Trattato generale*, Torino, 1907.

³⁰ Sul dibattito che portò all'introduzione del T.U. del 1908 si veda BATTINI, cit., pag. 130 ss. Molti furono i disegni di legge sullo stato giuridico dei dipendenti dello stato presentati senza che potessero completare il loro iter, presentati tra gli altri da Abignente (nel 1870), Lanza (nel 1870 e 1871), Depretis (nel 1876, 1881, 1882 e 1886) Crispi (nel 1889) Nicotera (nel 1891) Pelloux (nel 1900) Zanardelli (nel 1903). In proposito si veda, anche per la interessante ricostruzione della situazione normativa previgente il 1908, PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935, pagg. 115-132.

nell'esclusività del rapporto lavorativo con la Pubblica Amministrazione uno dei tratti caratteristici del pubblico impiego. Egli infatti ha considerato che la esclusività della prestazione del pubblico dipendente a favore dello Stato costituisca un presupposto (non una conseguenza) del rapporto stesso. Egli infatti non manca di descrivere i tratti tipici dell'attività dell'impiegato strettamente connessa alla prospettiva di carriera: egli traccia una netta distinzione tra la posizione dell'impiego pubblico rispetto all'impiego privato (pur riconoscendo che spesso le grandi aziende burocratizzate sono organizzate come quelle pubbliche ed estendono alcune delle medesime opportunità ai propri dipendenti) e sottolinea come l'impiegato pubblico seguendo la via dell'adempimento dei suoi doveri *“ha il diritto di sperare di continuare per tutta la vita nel suo impiego, conseguendo a grado a grado quei vantaggi che gli assicurano il continuo miglioramento delle sue condizioni finanziarie e della sua posizione sociale”*, cui è strettamente connessa la maturazione del diritto alla pensione (*“il rapporto di impiego accompagna l'impiegato per tutta la sua vita, assicurandogli fino alla morte, ed alla famiglia sua anche dopo la morte di lui, una sicura posizione economica”*³¹).

E' in questo contesto che l'autore si sofferma sul nostro tema affermando che: *“un altro carattere del rapporto di impiego che lo distingue nettamente ed essenzialmente da qualsiasi altro rapporto di prestazione di opere, è l'assorbimento e l'esaurimento completo della attività dello impiegato. Questi non può, per naturale impossibilità e spesso per morale incompatibilità, attendere ad altre cure; tutte le sue forze fisiche ed intellettuali debbono essere completamente e per tutta la vita adibite nell'adempimento dei doveri derivanti dall'impiego”*.

Evidentemente l'autore pensa solo in parte ad un problema di morale incompatibilità (che forse potremmo chiamare una sorta di incompatibilità), ritenendo determinante la impossibilità pratica di attendere ad altra attività. Ciò in base a considerazioni non di ordine pubblicistico, ma semplicemente di fatto, in considerazione delle peculiarità concrete delle garanzie dei pubblici impiegati rispetto agli altri prestatori d'opera. Subito dopo tuttavia, egli scrive ancora: *“chi ha assunto un impiego non può dedicarsi ad altre cure: il*

³¹ PACINOTTI, *cit.*, p. 105.

*disimpegno dei doveri suoi occupa tutto il tempo che un uomo può e suole dedicare giornalmente al lavoro”*³².

Alle riportate osservazioni l'autore ne aggiunge però anche altre, che rivelano la sua concezione ed idea di impiego “professionale”. Egli infatti afferma che al di là dell'impossibilità materiale di occuparsi di altro che del proprio impiego per mancanza di tempo o forza fisica la vera ragione dell'impossibilità di “attendere ad altri affari” è connessa alla specializzazione del lavoro: “*la destinazione continua e duratura di un impiegato ad un medesimo lavoro od almeno ad uno stesso ramo di attività, mentre lo rende sempre migliore e quasi perfetto in questo, lo rende invece ogni giorno più inetto ed incapace ad attendere a qualsiasi altro lavoro per forza di inerzia, per forza di abitudine, per mancanza di cultura o pratica. Ognuno vede quale importanza debba avere agli occhi del giurista questo fatto. L'impiegato ove potesse essere arbitrariamente licenziato si troverebbe da un momento all'altro privato dell'unica fonte, a lui possibile, di ricchezza; ed esposto al rischio di non poter avere un altro impiego; perchè pochi sono gli impieghi di un medesimo genere e tutti generalmente occupati e destinati al personale di una medesima azienda; e perchè inoltre egli è assolutamente inetto a disimpegnare affari che non sieno affari affini a quelli fino allora disimpegnati.*”³³.

In vero appare evidente che nella prospettiva del Pacinotti la esclusività della prestazione lavorativa, trova due giustificazioni: una prima ragione è costituita dal fatto che il dipendente pubblico beneficia di prospettive migliori rispetto a quelle di altri soggetti che lavorano per guadagnarsi il sostentamento, la seconda, connessa alla burocratizzazione e alla conseguente specializzazione del lavoro, pare riconnettersi all'incapacità dell'impiegato di saper fare altro (diremmo oggi di riconvertirsi professionalmente). E' evidente che entrambe le prospettive sono sociologiche più che giuridiche, e soprattutto non si capisce bene come la seconda, che sembra evidenziare un'esigenza di tutela del dipendente piuttosto che dell'amministrazione, dovrebbe sorreggere la codificazione di un obbligo di esclusività in capo al dipendente.

³² PACINOTTI, *cit.*, p. 106. A margine di questa citazione vale la pena osservare che l'incompatibilità non trova giustificazione fattuale nell'impossibilità oggettiva dello svolgimento di attività extralavorative per ragioni connesse all'impegno giornaliero.

³³ PACINOTTI, *cit.*, p. 107

Un ulteriore interessante spunto deriva da una breve annotazione nella quale l'autore sottolinea che per gli impiegati privati *“alle cose dette si aggiunge il dovere di non fare concorrenza all'azienda”*³⁴: nella sua prospettiva quindi l'esclusività sarebbe un portato del lavoro impiegatizio, indipendentemente dalla natura soggettiva del datore di lavoro, e che il lavoratore pubblico, a differenza di quello privato, non ha vincoli di non concorrenza (evidentemente nella prospettiva contingente di Pacinotti i peculiari servizi pubblici svolti dall'Amministrazione all'inizio del secolo non erano suscettibili di concorrenza da parte di imprese private).

Anche successivamente Pacinotti torna sull'argomento³⁵, precisamente nel capitolo nel quale individua i requisiti necessari per la formazione del rapporto di impiego. In proposito l'autore utilizza l'espressione incompatibilità sia in riferimento ai divieti di legge relativi all'assunzione di determinati incarichi (ad es. per ragioni di parentela) ovvero i divieti relativi all'assunzione di altri impieghi³⁶.

In proposito l'autore ribadisce che *“la nozione di impiegato (...) importa la prestazione di tutta la personale attività allo Stato e importa altresì la natura professionale di questa prestazione, onde sia giuridicamente sia materialmente la professione di impiegato esclude qualsiasi altra professione”*³⁷.

Egli poi dà conto del fatto che nei vari progetti di legge sui dipendenti dello Stato si è variamente statuito a proposito della necessità o meno di vietare ai pubblici impiegati lo svolgimento di attività extraufficio e osserva come il problema consista nell'ammettere o meno dei limiti al *“diritto dello Stato di avere per sé tutta l'attività produttiva dell'impiegato”*. Gli estremi della discussione riguarderebbero da un lato il rischio per l'efficienza

³⁴ PACINOTTI, *cit.*, nota n. 1 a p. 106

³⁵ PACINOTTI, *cit.*, p. 130 e seguenti.

³⁶ In proposito distingue tra incompatibilità di diritto, sancite dalla legge, e incompatibilità di fatto, ugualmente fondamentali: queste ultime andranno valutate di volta in volta dall'autorità che conferisce incarichi potenzialmente confliggenti alla medesima persona, pag. 138.

³⁷ PACINOTTI, *cit.*, p. 137

dell'amministrazione, dall'altro una eccessiva compressione della libertà individuale degli impiegati ³⁸.

Si noti che però non si mette in discussione (ma neppure si sostiene) che lo Stato abbia un vero e proprio diritto alla totalità delle risorse produttive dell'impiegato.

Pacinotti, assumendo una posizione intermedia nel richiamato dibattito (condividendo il progetto di legge, che poi in parte diverrà il RD 963/08), conclude per l'opportunità che siano vietate le attività di "*carattere continuativo e professionale*" in quanto non compatibili con il servizio dovuto allo Stato, che è appunto continuativo e professionale, mentre ammette la possibilità di eccezioni per altri "*impieghi od occupazioni che non abbiano il carattere di normale ed abituale attività*". In proposito nega la possibilità di una valutazione a priori delle attività consentite, ritenendo opportuna una valutazione discrezionale del caso concreto.

E' evidente nelle parole di Pacinotti la traccia del dibattito che portò alla formulazione di una disciplina positiva caratterizzata dalla previsione di attività autorizzabili.

Per completare il richiamo occorre segnalare che trattando dei doveri del dipendente pubblico Pacinotti ³⁹ torna sul dovere di esclusività della prestazione, tenendolo tuttavia ben distinto dal dovere di fedeltà.

Pacinotti, dunque, pur affermandone l'ovvietà, non ha ricondotto l'obbligo di esclusiva a nessuna teoria particolare né ad alcun principio giuridico sovraordinato (né aveva all'epoca una norma positiva di riferimento), ma, quasi dandola per scontata, la ha ricondotta alla natura "professionale" del rapporto tra dipendente e Stato, senza ritenere che fosse necessaria una specifica argomentazione ⁴⁰.

³⁸ Fermo che lo stato ha diritto ad una diligente e puntuale esecuzione dei compiti assunti dall'impiegato, si esorbiterebbe da tale diritto "*se si volesse vietare all'impiegato qualsiasi modo di occuparsi altrimenti, migliorando anche le sue condizioni economiche, quando nessun detrimento ne derivi all'esecuzione dei doveri d'ufficio*" pag. 140.

³⁹ PACINOTTI, *cit.*, alle pagine 184 e seguenti

⁴⁰ L'autore poi incorre in una sorta di contraddizione nel momento in cui, a pag. 115, trattando della distinzione tra salariati e impiegati fondata sulla manualità o meno delle mansioni, afferma che tutti debbono essere considerati impiegati con riferimento al rapporto di lavoro. La contraddizione consiste in questo: la discussione sulla specializzazione legata alla burocratizzazione viene certamente a perdere di spessore con riferimento al personale addetto a mansioni manuali

Anche Orlando ⁴¹, nel 1908, affrontando il tema relativo al pubblico impiego, rileva che chi in maniera volontaria e retribuita si pone alle dipendenze dello Stato intende fare *“del servizio pubblico la propria professione”*. Specifica poi che tale professionalità consiste nel *“dedicare permanentemente”* al servizio la propria attività fisica ed intellettuale *“al fine di ritrarne i mezzi di sussistenza economica”* ⁴².

Nell'affrontare il capitolo dedicato ai doveri dell'impiegato, l'autore osserva *“un dovere assai caratteristico del pubblico impiegato è quello per il quale, di regola, gli si vieta di cumulare il suo ufficio pubblico con altro ufficio o professione. Il concetto generale da cui discende questo dovere è che l'ufficio pubblico deve assorbire tutta l'attività personale dell'impiegato: ne è il presupposto che lo Stato conferisca all'impiegato i mezzi economici sufficienti per il soddisfacimento dei bisogni di lui, conformemente al grado sociale che occupa”* ⁴³.

Quindi distingue tra due casi: il cumulo di impieghi statali o quello della concomitanza dell'impiego con *“un'altra professione qualsiasi”* (nel nostro linguaggio parliamo di divieto di cumulo di impieghi e di incompatibilità). Due le successive riflessioni dell'autore: qualora non si tratti di professioni che implicino l'iscrizione ad un albo il divieto è difficilmente applicabile, quindi, pur specificando che il divieto di esercizio di una professione è giusto (*sic et simpliciter*, senza ulteriore spiegazione o giustificazione!), tuttavia ritiene *“eccessivo”* *“vietare che l'impiegato pubblico possa anche avere un'altra occupazione qualsiasi”*. La ragione tuttavia di tale perplessità è connessa al rischio che ciò impedirebbe l'esercizio delle lettere delle scienze ecc. (letteralmente *“ecc.”* nel testo).

⁴¹ ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1908; il testo ripropone interamente i § 162 e 163 dell'edizione del 1892; per altro stupisce che anche nell'edizione 1952, i § 165 e 166 l'impianto sia il medesimo, con la sola eccezione della descrizione succinta della disciplina positiva di cui all'allora vigente RD 2960 del 1923

⁴² ORLANDO, *cit.*, p.97.

⁴³ ORLANDO, *cit.*, p. 109; l'Autore a pag 129 ribadisce lo stretto legame tra pretesa dello Stato di *“richiedere tutta intera l'attività dell'individuo”* con l'assegnazione di *“quanto basta per il mantenimento economico conformemente al grado sociale che per causa dell'impiego si occupa”*.

Appare evidente che il tema viene affrontato in modo abbastanza generico anche da Orlando: non si dà ragione del perchè sarebbe giusto il divieto di esercizio di professioni, né trova giustificazione, se non in termini di pregiudizio “sociale”, il fatto che sarebbe inopportuno che l'impiegato non possa svolgere attività nobili (arti e scienze) mentre sembra, ancora una volta, scontato che non debba svolgere attività ignobili (e, si noti, che non possiamo affermare, ma soltanto sospettare, che l'elemento lucrativo connoterebbe in senso ignobile altre attività).

Orlando ha dunque esposto la sua opposizione alle proposte a lui contemporanee di codificazione dell'incompatibilità assoluta. Dopo la codificazione del 1908, Abignente ⁴⁴ espone una seria critica dell'intervento legislativo nel suo complesso e, con riferimento alle incompatibilità, formula un giudizio di grande pregnanza e, credo, di straordinaria attualità. Egli infatti, dando atto di un vivace dibattito sul tema, scrive: *“la legge consacra alcune incompatibilità molto discusse, ma che possono tuttavia ammettersi, sebbene a incoraggiarne la sanzione siano stati per personale interesse gli impiegati privati. Ma di altre incompatibilità maggiori, e che investono la indipendenza del funzionario nel suo giudizio, nella legge non è cenno.”* Egli quindi evidenzia simili incompatibilità (soprattutto riferite alle alte magistrature dello Stato) concludendo che *“di fronte a tale conflitto la preoccupazione unica del legislatore, di impedire al piccolo impiegato la valorizzazione, il più delle volte innocua per lo Stato, del proprio tempo al di là dell'orario d'ufficio, perde ogni importanza”* ⁴⁵.

Come abbiamo visto il passaggio dalla disciplina del 1908 a quella del 1923 non ha di per sè importato sostanziali e significativi mutamenti, anche se appare dalla relazione di accompagnamento un significativo desiderio di rafforzare il controllo governativo sull'amministrazione in generale e, per quello che qui interessa, sui suoi agenti.

Proprio con riferimento alla riformata disciplina assume interesse la trattazione effettuata nel 1935 da Petrozziello ⁴⁶.

⁴⁴ ABIGNENTE, *La riforma della amministrazione pubblica in Italia*, Bari, 1916

⁴⁵ ABIGNENTE, *cit.*, p. 102-3

⁴⁶ PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935

Sono cambiati il clima sociale e quello politico e quindi lo è anche il dibattito giuridico sul pubblico impiego, al cui centro si pone ancora lo studio della peculiarità sistematica del rapporto che si instaura tra la pubblica amministrazione e i suoi dipendenti, sulla base delle categorie elaborate dalla dottrina pubblicistica e da quella privatistica, anche se ormai il clima politico ed ideologico spinge ad accogliere abbastanza pacificamente una concezione pubblicistica del rapporto tra impiegati e Pubblica Amministrazione (conforme per altro a quello autoritario esistente tra lo Stato e i cittadini).

Rispetto all'istituto che ci occupa, i termini del dibattito non sono molto cambiati e ancora una volta l'elemento che l'autore pone al centro della tipicità del rapporto di lavoro pubblico è costituito dalla "professionalità" dell'impiego come categoria distintiva di una specifica tipologia di prestazione lavorativa.

Infatti, dopo aver dibattuto sulla natura giuridica del rapporto di lavoro pubblico, Petrozziello enuncia i quattro elementi fondamentali che contraddistinguono il rapporto di impiego pubblico "professionale": esso è contraddistinto dalla continuità, risulta essere duraturo e permanente, è esclusivo, comporta uno stipendio ⁴⁷.

L'autore dunque individua tali caratteristiche come fondanti e specifiche del rapporto di lavoro pubblico, anche se riconosce che la nuova riforma tende a estendere alcune di tali caratteristiche anche all'impiego privato ⁴⁸. In tale ottica, egli parla di incompatibilità di fatto ovvero di *"un tassativo divieto legale"* a causa del quale il dipendente non *"può dedicarsi ad altre occupazioni estranee al suo ufficio, che potrebbero essere per lui fonte di vantaggio o di lucro"*. Rispetto a tale divieto esistono delle eccezioni in base alle quali solo a determinati impiegati *"specie se lo stipendio di cui godono non è adeguato alla importanza e al decoro delle loro attribuzioni, non si vieta di poter svolgere anche privatamente la loro attività professionale, però sempre in maniera subordinata rispetto alle pubbliche prestazioni da essi dovute"*; tale possibilità è una facoltà possibile solo quando risulta esplicitamente consentita ed è

⁴⁷ PETROZZIELLO, *cit.*, p. 25, definisce il pubblico impiego come *"il rapporto giuridico pel quale l'individuo di propria volontà è in uno stato di speciale soggezione rispetto ad un ente pubblico, esplicando professionalmente un servizio di esso la propria attività"*.

⁴⁸ PETROZZIELLO, *cit.*, pag.21

“quasi un *privilegium* accordato a speciali categorie di impiegati in un campo di attività prevalentemente tecnica”⁴⁹.

Tra gli elementi accessori tipici del rapporto di impiego Petrozziello ricorda la pensione. Elemento questo ultimo di enorme rilievo sociale, data la sua eccezionalità e il riferimento esclusivo al rapporto impiegatizio.

L'idea che quella dell'impiegato sia una professione continua dunque a caratterizzare la riflessione sul pubblico impiego e può essere pienamente compresa soltanto se si evidenziano alcuni intrecci ed elementi di contestualizzazione.

L'idea di un rapporto lavorativo stabile e duraturo, destinato a non interrompersi se non in occasione della vecchiaia del prestatore d'opera, che implicasse il versamento di un appannaggio legato non all'attività ma allo *status* e che sotto forma di pensione potrà continuare anche quando il prestatore non dovrà più fornire alcuna attività appare al commentatore (come soprattutto doveva apparire all'uomo dell'epoca) un *unicum* tipico del rapporto di pubblico impiego⁵⁰. Petrozziello, in definitiva, giustifica la previsione dell'incompatibilità in questi termini: “*Posto il principio fondamentale che il pubblico impiegato deve dedicar l'opera sua in maniera continuativa ed esclusiva al servizio dell'amministrazione, e data la presunzione che sia materialmente impossibile attendere nel tempo stesso ad occupazioni estranee all'ufficio senza che questo non ne risenta in qualche modo pregiudizio, la legge sancisce, come regola generale, le incompatibilità del pubblico impiego con altre forme di attività. Però se l'accennata ragione può ritenersi la*

⁴⁹ PETROZZIELLO, cit., ricorda a pag. 23, che ai docenti è concesso esercitare la avvocatura, la medicina, l'ingegneria e che l'esercizio di attività private sono concesse a medici ingegneri, veterinari, levatrici ecc. dipendenti dai comuni e dagli altri enti pubblici. In proposito cita alcune pronunce giurisprudenziali. Non manca tuttavia di sottolineare come simile organizzazione del lavoro impiegatizio stia trovando “*riscontro anche per l'impiego privato nella organizzazione dei grandi istituti ed aziende*” (p. 22).

⁵⁰ Esula ovviamente dal nostro lavoro individuare le varie modalità con le quali prima della guerra le pubbliche amministrazioni si procuravano gli agenti per la realizzazione delle loro funzioni, tuttavia, vale la pena ricordare che non tutti coloro che svolgevano servizi retribuiti per le amministrazioni pubbliche erano in senso tecnico dipendenti pubblici, risultando esclusi da tale qualifica –e dai conseguenti doveri e privilegi- tutti coloro che non avevano rapporti organici e non ricoprivano stabilmente posti di ruolo (cfr. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935, pag. 29 ss.). Questo elemento è particolarmente rilevante a determinare una differenza enorme con la disciplina del rapporto pubblico (e delle incompatibilità) attuale, in quanto oggi le norme sul pubblico impiego si applicano a tutti i dipendenti.

principale altre pure vi possono contribuire: come motivi di decoro dell'amministrazione e il privato cui l'impiegato presti l'opera sua, ragioni di opportunità sotto un qualsiasi riflesso ecc."

Tale affermazione evidenzia la sostanziale impossibilità di giustificare il divieto normativo se non in base a una presunzione: se il lavoratore fa altro non fa bene il proprio lavoro.

La affermazione è interessantissima perché lega strettamente la positività della prestazione all'esclusività, in un periodo in cui non c'era certamente in riferimento al rapporto di pubblico impiego una considerazione del rapporto sinallagmatico, che invece è andato affermandosi in seguito e ha portato alla attuale contrattualizzazione del rapporto (ove contrattualizzazione è inscindibile da sinallagmaticità).

E' evidente pertanto che a fronte di una simile debole *ratio* la norma deve essere sorretta da elementi esterni che in qualche modo la giustifichino.

Pare evidente che due siano quelli fondamentali: uno originario e uno derivato. Si ritiene di poter affermare che una opzione per la previsione positiva del divieto di incompatibilità, derivi dalla percezione dell'anomalia del rapporto pubblico, in considerazione del fatto che la legislazione italiana proibiva la stipulazione di contratti d'opera a tempo indeterminato ⁵¹ e che comunque la stabilità che caratterizzava l'impiego pubblico era inesistente nel mondo privato.

Inoltre un secondo elemento fu di tipo sociale: l'attività impiegatizia veniva svolta dal ceto medio, geloso della propria separazione da quella dei lavoratori comuni, che accettava senza particolari problemi un parametro di giudizio (ben poco giuridico) quale il decoro dell'amministrazione (che veniva a coincidere anche con quello del proprio gruppo sociale) ⁵².

⁵¹ Cfr. in proposito BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, ristampa anastatica dell'ed. 1901 a c. NAPOLI, Milano, 2003.

⁵² Cfr. BATTINI, cit., p. 24 secondo il quale "la stessa equiparazione ai prestatori privati di opere appariva, sotto il profilo sociale prima che giuridico, quasi offensivo". Cfr. anche GIANNINI, *Voce Impiego Pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto* Milano 1970.

Nello sviluppo di un simile elemento originario si andarono inserendo prima la cultura dello Stato e della sua supremazia poi l'affermazione della visione fascista dell'amministrazione ⁵³.

Non è un caso che proprio Petrozziello utilizzi come strumento di analisi del lavoro pubblico l'idea della eticità del rapporto tra stato e cittadino, oltre a quello di supremazia del primo rispetto al secondo: entrambi elementi che non avevano occupato le riflessioni degli autori precedenti.

Lo stesso Petrozziello nel corso della sua trattazione si soffermerà ripetutamente sul tema dell'incompatibilità, ma riferendosi non alle previsioni dell'articolo 96 del RD 2960/1923, bensì in riferimento alle norme sull'incompatibilità dei pubblici dipendenti con l'azione di governo ⁵⁴. Questo elemento riveste una particolare importanza in quanto mentre su di essa si appunteranno le ovvie critiche all'azione accentratrice e tendenzialmente totalitarie del fascismo, la disciplina delle incompatibilità del pubblico impiego attraverseranno tranquillamente il secolo per riproporsi nel TU del 1957.

Una simile concezione, al di là dell'accentuazione teorica sulla natura del rapporto di lavoro pubblico, non lascia molto spazio alle critiche nei confronti dell'istituto delle incompatibilità che, lungi da essere un precipitato giuridico di precisi principi ordinamentali o di concezioni sistematiche, risulta essere accettato con naturalezza.

E' possibile trovare alcune conferme di quanto abbiamo cercato di ricostruire fino ad ora.

Che la esclusività del rapporto permanente con la P.A fosse giustificato dalle specifiche caratteristiche (meglio garanzie) di cui godeva il dipendente pubblico rispetto agli altri lavoratori, appare indirettamente confermato dal fatto che, quando nel 1923 la riforma dell'impiego privato estese per legge

⁵³ Scrive BATTINI, cit., p. 296: *"L'impiegato pubblico, secondo la concezione caratteristica dell'epoca fascista, veniva ad essere legato allo Stato da un rapporto di natura "etica", nell'ambito del quale il vincolo di fedeltà allo Stato si traduce in un vincolo di fedeltà politica al partito fascista. Tale vincolo investe, per di più, ogni aspetto del comportamento del dipendente, estendendosi anche alla sua vita privata, in modo da determinare una significativa compressione dei suoi diritti di libertà"*

⁵⁴ PETROZZIELLO, cit., pag. 211, segnala come con il R.D. n. 57 del 1927 include tra i normali motivi di dispensa dal servizio il fatto che *"l'impiegato per manifestazioni compiute in ufficio o fuori non dia piena garanzia di un fedele adempimento dei suoi doveri o si ponga in condizioni di incompatibilità con le generali direttive politiche del Governo"*

alcune prerogative dei dipendenti pubblici anche agli impiegati delle aziende private, non mancarono autori che sostennero come anche l'impiegato privato fosse onerato dall'obbligo di esclusiva nei confronti del proprio datore di lavoro ⁵⁵.

In particolare Peretti-Griva, affrontando la parte della sua trattazione relativa alla disciplina del rapporto di impiego privato, si sofferma a definire gli elementi caratterizzanti la qualità impiegatizia e anch'egli ricorre al concetto di professionalità sostenendo l'impossibilità di costituire più di un rapporto impiegatizio in capo alla medesima persona ⁵⁶.

L'autore, conformemente a quanto già osservato per gli altri studiosi, sostiene che la professionalità sia concetto da attingere *“più che nel campo giuridico in quello del senso comune”*. Egli afferma *“ La prestazione d'opera a favore altrui, in tanto sarà da considerarsi professionale, in quanto assorba la normale attività dell'individuo. Essa è, almeno di regola, in relazione alle speciali attitudini, per esperienza o per studi, dell'individuo stesso. Il corrispettivo che ne trae il locatore d'opera ha da essere, con criterio astratto di normalità, il principale provento della sua intera attività (esclusi naturalmente i redditi non derivanti dal lavoro)”* ⁵⁷.

E' particolarmente interessante la riflessione che fa l'Autore al fine di dimostrare che, anche nel caso del lavoro privato, è impossibile costituire una pluralità di rapporti lavorativi. Egli ritiene che, per le modalità di esercizio e per le caratteristiche/capacità soggettive del prestatore, quella dell'impiegato sia una attività del tutto particolare. Insiste poi affermando che la astratta professionalità –riconducibile alle capacità di un soggetto - è cosa diversa rispetto alla sua effettiva professione (deducibile dall'attività prevalente della persona). Peretti Griva, cioè, ritiene che della professionalità si possa fare in

⁵⁵ Prezioso e illuminante CARINCI, *All'origine di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, pp. 1098-1151. L'autore mette in evidenza come si sia sviluppato e sia fallito *“l'ambizioso disegno di una costruzione unitaria del contratto di impiego, disegno coltivato (...) nel ventennio a cavallo del secolo ed accolto con non scarso fervore soprattutto dai dipendenti privati”* (p. 1109).

⁵⁶ PERETTI GRIVA, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935, in generale sul tema pagg. 121-159. L'autore individua anche le pronunce giurisprudenziali conformi al proprio orientamento dimostrando l'oscillazione delle decisioni in proposito, data l'assenza di una previsione positiva di legge.

⁵⁷ PERETTI GRIVA, *cit.*, p.127

concreto un doppio uso esercitando la professione libera o quella dipendente. L'attività impiegatizia costituisce dunque un *unicum* alle dipendenze del soggetto pubblico come del soggetto privato e l'Autore sostiene che le tipiche garanzie previste per l'impiegato privato siano giustificate proprio nella misura in cui egli svolge la propria professione alle dipendenze di qualcuno ⁵⁸. Al di là del fatto che l'autore ritenga che, anche in assenza di una previsione normativa analoga a quella delle incompatibilità nel pubblico impiego, sia “*senz'altro da escludere che si possano configurare più rapporti di impiego in capo alla stessa persona*” ⁵⁹ e al di là della specifica soluzione del problema contingente, ciò che interessa è l'argomentazione. Essa infatti afferma chiaramente che è la condizione impiegatizia e non la soggettività datoriale a giustificare l'idea dell'incompatibilità tra impiego professionale e altre forme di lavoro. E' dunque il dato socio-culturale a prevalere su quello giuridico: l'impiegato (come il medico) esercita una professione “qualitativamente” diversa dalla normale prestazione d'opera.

E' dunque la connotazione borghese dell'impiego rispetto alle altre forme di lavoro che giustifica la previsione di una “ablazione” totale delle energie lavorative dell'impiegato nei confronti del proprio datore di lavoro ⁶⁰.

Una simile concezione ha fatto sì che, al di fuori di qualsiasi giustificazione giuridico sistematica, proprio la peculiarità del lavoro impiegatizio alle dipendenze dello Stato abbia reso socialmente “normale” che, in cambio delle evidenti e preziosissime guarentigie accordategli e che gli attribuivano un evidente *status* sociale, il pubblico impiegato venisse legato all'amministrazione da un vincolo di esclusività ⁶¹.

⁵⁸ L'Autore, a pagine 128, fa riferimento all'indennità in caso di licenziamento, prevista proprio perchè l'impiegato che perda la sua fonte prevalente di reddito abbia il tempo per cercarne una nuova.

⁵⁹ PERETTI GRIVA, cit., p. 129

⁶⁰ PETROZZIELLO, cit., p.228, nel ricordare che all'impiegato pubblico si poteva richiedere un prolungamento della prestazione per ragioni di servizio, ricorda che l'orario lavorativo ordinario del dipendente statale era di 7 ore giornaliere, a fronte delle 8 ore giornaliere dell'impiegato privato.

⁶¹ Del *travet* sabauda trasformato in “*impiegato statale imbrigliato, ma garantito nella gabbia del vincolo gerarchico*” divenuto modello per la regolazione del lavoro impiegatizio in generale parla PASSANITI, cit, p. 231 ss. Al medesimo testo si rinvia, in generale, per la distinzione, di origine sociale e culturale più che giuridica, tra lavoro impiegatizio e locazione

In un simile contesto, le teorie autoritarie sullo Stato, le vicende storiche e culturali, la prassi politico amministrativa, hanno portato a consolidare l'accettazione di un istituto positivo che tuttavia non trovava adeguato supporto sistematico.

Una conferma indiretta, ma significativa, deriva da un ulteriore dato cui si è già fatto cenno. Nella riflessione sul pubblico impiego la sopravvivenza dell'istituto (prima nella vigenza del R.D. 2690/23 poi nella formulazione del D.P.R. 3/57) non ha incontrato critiche nel dopoguerra né si è sentito il bisogno di una sua puntuale giustificazione.

In proposito pare che sia assai rilevante osservare che autori di notevole statura, che hanno affrontato l'istituto in epoche successive a cavallo della Costituzione, non hanno minimamente sentito la necessità di relazionare l'istituto con il nuovo Ordinamento, riproponendone in maniera a-problematica la descrizione in testi cronologicamente successivi.

Se si osserva la edizione del 1952 del trattato di Orlando si potrà agevolmente constatare che nella sezione dedicata allo svolgimento del rapporto di lavoro pubblico, egli prima di procedere ad una abbastanza precisa descrizione della disciplina di cui al RD 2960/1923 art. 96, allora ancora vigente, scrive: *“un dovere assai caratteristico del pubblico impiegato è quello per il quale di regola gli si vieta di cumulare il suo ufficio pubblico con altro ufficio o professione. Il concetto generale, da cui discende questo dovere, è che l'ufficio pubblico deve assorbire tutta l'attività personale dell'impiegato: mentre è presupposto che lo Stato conferisca all'impiegato i mezzi economici sufficienti per il soddisfacimento dei bisogni di lui, conformemente al grado sociale che occupa”*⁶².

Tutto il testo del § 165, quanto quello del citato § 202, sono perfettamente sovrapponibili e corrispondenti a quelli dei § 162 e § 199 dell'edizione del 1908.

d'opera. Sulla ricostruzione diacronica della codificazione dell'impiego privato e sul suo debito nei confronti del modello impiegatizio statale, si veda ibidem a p. 259 e ss.

⁶² ORLANDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, p. 127-8

Analogo risultato se si confrontano le successive edizioni dello Zanobini ⁶³. Nell'edizione del 1939 (perfettamente identica a quelle del 1940) egli, nel definire lo *status* giuridico dei pubblici impiegati, afferma preliminarmente: “*i doveri dell'impiegato, come quelli del cittadino, hanno un contenuto prevalentemente etico, che non può essere ristretto nelle tassative formule del diritto, ma deve costituire l'intero carattere morale della persona, che si pone al servizio dello stato*”, quindi procedendo ad una classificazione dei doveri positivi del dipendente, scrive: “*La prima categoria (dei doveri) è contenuta nella stessa definizione del rapporto d'impiego e consiste nell'obbligo dell'impiegato di dedicare all'ufficio tutta la propria capacità lavorativa, intellettuale e materiale. In questo generale dovere rientrano due obblighi negativi: l'incompatibilità fra l'impiego pubblico e altre attività lucrative e il divieto del cumulo fra più impieghi pubblici*” ⁶⁴.

Sulla base di tale affermazione egli procede a enunciare il contenuto normativo tanto dell'istituto delle incompatibilità quanto del divieto di cumulo di impieghi.

E' evidente che il richiamo al contenuto etico del rapporto è pienamente in linea con la concezione dello Stato vigente in epoca fascista e quindi non risulta particolare; tuttavia ciò che non appare difficile da capire in epoca prerepubblicana, appare certamente meno “ovvio” in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 1948. Eppure nell'edizione del 1946 e addirittura in quella del 1949 risultano identiche le formulazioni utilizzate dallo Zanobini per descrivere i contenuti dei doveri del dipendente statale ⁶⁵.

Stupisce ancora di più che anche l'edizione del 1958, che dovrebbe ormai essere saldamente legata all'ordinamento costituzionale, pur facendo ovviamente riferimento non più al RD 2960 del 1923 ma al DPR 3 del 1957, nel descrivere la disciplina della materia utilizza identici richiami ai medesimi concetti: fa riferimento al “*contenuto prevalentemente etico*” dei doveri dell'impiegato nei confronti dello Stato. Il primo di tali doveri sarebbe

⁶³ ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano

⁶⁴ ZANOBINI, cit., pag. 87

⁶⁵ Sono perfettamente sovrapponibili le espressioni utilizzate nei testi del 1946 e del 1949 alle pagine, rispettivamente, 46-48 e 233-235.

contenuto “nella stessa definizione del rapporto d’impiego e consiste nell’obbligo dell’impiegato di dedicare all’ufficio tutta la propria capacità lavorativa, intellettuale e materiale. A svolgimento di questo fondamentale principio gli art. 60-65 del D. presid. N. 3, citato, trattano in particolare delle incompatibilità e del cumulo di impieghi” ⁶⁶. La successiva descrizione dei contenuti delle norme richiamate risulta particolarmente sintetica.

Pare pertanto di poter dire che la nozione di professionalità dell’attività impiegatizia sembra essere stato per un lungo periodo l’unico elemento giustificativo dell’esistenza di un istituto (quello delle incompatibilità nel pubblico impiego) nei confronti del quale, comunque, i commentatori non avevano una particolare esigenza di giustificazione nè l’hanno avuta nel corso di quasi un intero secolo.

Analogamente altri commentatori hanno indicato il dovere di esclusiva come uno dei tipici tratti distintivi del rapporto di impiego pubblico, limitandosi a darlo per scontato, senza cioè porsi nelle loro trattazioni il problema di giustificare l’esistenza in base a valutazioni di ordine giuridico e/o sistematico.

Prima di concludere questa parte della riflessione, occorre mettere in evidenza una circostanza di enorme rilievo. Con riferimento a tutto il periodo precostituzionale lo *status* di pubblico impiegato (e quindi la relativa disciplina, compresa quella relativa alle incompatibilità) si applicava a una parte assai limitata dei soggetti che lavoravano al servizio dello Stato ⁶⁷. Una simile circostanza costituisce una sostanziale differenza, in termini sociali ed economici, della applicazione pratica della disciplina delle incompatibilità, oggi estesa alla totalità dei dipendenti degli enti pubblici.

⁶⁶ Le citazioni vengono dall’edizione del 1958, pag. 295 e appaiono sconcertantemente sovrapponibili a quelle delle precedenti edizioni (cfr. note precedenti)

⁶⁷ Erano infatti inclusi tra i pubblici dipendenti i soli dipendenti dei ruoli statali (con esclusione quindi del personale avventizio) con esclusione del personale addetto a prestazioni manuali: PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935, pag. 29 ss.

2. La Giurisprudenza ha ricondotto l'istituto all'esigenza di tutela speciale del datore pubblico.

Con riferimento all'individuazione della *ratio* dell'istituto in parola, la giurisprudenza ha svolto un ruolo significativo in epoca repubblicana⁶⁸. Essa ha conosciuto un primo momento in cui ha più che altro cercato di individuare le fattispecie di incompatibilità. Successivamente, con una notevole continuità e uniformità⁶⁹, mantenutasi anche in seguito al passaggio della giurisdizione in materia di impiego pubblico dalla cognizione del Giudice amministrativo a quella del Giudice ordinario, le pronunce si sono sforzate di ricondurre la materia all'ambito del rapporto lavorativo e, in base alla necessità di giustificare la diversità di disciplina tra pubblico e privato, hanno sostenuto che l'istituto delle incompatibilità fosse posto a tutela del buon andamento dell'amministrazione, ma hanno anche cercato di "rileggerla" in relazione con la prestazione lavorativa.

Tale ricostruzione ha determinato due fondamentali effetti. Il primo secondo il quale la violazione dell'obbligo di non svolgere attività extralavorative si

⁶⁸ Con riferimento al periodo precedente non ho trovato significativi interventi nello spoglio dei fascicoli di *Giustizia Amministrativa* nè in quelli del *Foro Italiano*. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che il contenzioso in materia non doveva essere particolarmente frequente in quanto le sanzioni previste per la violazione delle norme sull'incompatibilità erano di scarso peso e prive di conseguenze radicali come, dopo il 1957, la decadenza. Si noti che anche in seguito la scarsa giurisprudenza in proposito (per lo più riferita a casi di cumulo di impieghi piuttosto che di incompatibilità vera e propria) è quantitativamente assai contenuta in rapporto alla enormità di pronunce in materia di pubblico impiego.

⁶⁹ In vero nei primi decenni dell'età repubblicana la scarsa giurisprudenza in proposito si è concentrata sulla definizione dei casi riconducibili alla fattispecie, piuttosto che alla riflessione sulla ratio della norma. Tuttavia non mancano tra le affermazioni degli Organi Giudicanti osservazioni di portata generale sul significato dell'istituto. C.S. V, sent. n. 541 del 12.7.1957: *"gli impiegati pubblici devono dedicare la loro intelligenza al servizio dell'ente dal quale dipendono; ma non può non riconoscersi che, osservato questo fondamentale e indefettibile dovere, essi sono liberi di dedicarsi ad altre attività conciliabili col decoro dell'Amministrazione. La legge afferma l'incompatibilità del pubblico impiego con l'esercizio della professione, del commercio, della industria perchè tenendo presente l'abitudine nell'attività professionale, presume iuris et de iure la sua incompatibilità con l'impiego."* (identico tenore in C.S. IV, sent. n. 191 del 20.3.1963); C.S. II, sent. n. 822 del 11.11. 1959: *"l'incompatibilità è connaturale allo stesso rapporto di lavoro pubblico che impone al dipendente di porre tutte le sue attività di lavoro al servizio dell'ente e, conseguentemente, gli inibisce di svolgere attività soprattutto lucrative"*; C.S., VI, sent. n. 1410 del 5.11.1968: *"l'esclusività è prevista perchè nell'esercizio delle mansioni non interferisca altro rapporto; soprattutto significa che la qualità di pubblico impiegato con i doveri che vi ineriscono non viene meno quando l'impiegato lascia il tavolo di lavoro ma si proietta in tutto il suo tempo ed in tutta la sua attività. Di questo proiettarsi nel tempo ed anche nel tempo libero sono espressione tipica le incompatibilità ed i divieti che più esplicitamente il legislatore ha disciplinato."*

realizza in presenza di sole attività caratterizzate da continuità e professionalità⁷⁰, nonché adeguata remunerazione⁷¹. Si tratta di una definizione di significativo rilievo pratico, di cui ha certamente tenuto conto il riformatore nella privatizzazione⁷².

Il secondo è quello che maggiormente interessa per lo svolgimento del presente discorso. Infatti la giurisprudenza ha preso atto della differenza esistente tra il contenuto del dovere di fedeltà/esclusività del pubblico dipendente rispetto al normale obbligo di fedeltà del lavoratore comune e ha individuato gli elementi di tale diversità riconducendole a specifici aspetti e contenuti del rapporto di lavoro. Ha cioè concluso che, con riferimento al rapporto di lavoro pubblico, il contenuto degli obblighi imposti al dipendente è sostanzialmente comune a due specifiche esigenze⁷³. La prima è che in capo al dipendente non si creino centri

⁷⁰ Il concetto di professionalità utilizzato dalla giurisprudenza (che indica le attività lavorative che possono ritenersi per continuità e impegno, oltre che redditività, in grado di costituire una fonte di sostentamento) è ben differente rispetto a quello di professionalità dell'impiegato cui abbiamo fino ad ora fatto riferimento. Si riferisce infatti alla *"intensità, continuità e remuneratività"* necessarie, perchè l'attività extralavorativa del dipendente pubblico risulti incompatibile. Insistono sul tema C.S. V sent. 74 del 27.2.1981 *"quando le operazioni poste in essere dall'interessato, sia in forma individuale che societaria, tenuto conto del numero nello spazio di tempo considerato, della finalizzazione a scopo di lucro nell'ambito dell'organizzazione dei mezzi occorrenti, abbiano natura imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 cc (giurisprudenza consolidata da C.S., V, sent. n. 297 del 16.5.1989 a C. C., s. giur. Sicilia, sent. n. 1330 del 18.5.2004). Ex adverso C.S. V sent. n. 1089 del 15.12.1972 esclude l'incompatibilità del pubblico dipendente che fornisce "un modesto e saltuario aiuto alla moglie nella gestione di un esercizio commerciale"*.

⁷¹ C.C. sez. Contr., n. 1450 del 21.5.1984 : *"le attività di lavoro dalla norma stessa specificate (art. 60 T.U. 3/57) per assurgere ad elemento assolutamente contrastante con il rapporto di pubblico impiego tale da determinare una vera e propria incompatibilità passibile della sanzione della decadenza, devono rivestire il carattere, oltre che della continuità, anche della professionalità, intendendo per tale un'attività che sia prevalente rispetto ad altre nonchè direttamente e adeguatamente lucrativa"*

⁷² Cfr. cap. III, con riferimento alla *"doppia"* disciplina delle incompatibilità disegnata dall'art. 53 del D.lgvo 165/01. Con particolare riferimento all'individuazione degli incarichi autorizzabili un interessante precedente è costituito da C.C. sez. contr. Stato, n. 974 del 24.5.1979.

⁷³ Tra le tante a titolo esemplificativo si richiamano: Consiglio di Stato, V, sent. n. 297 del 16.5.1989 *"Diversamente da quanto assunto dall'appellante ritiene, l'art. 60 pone il principio cosiddetto "dell'esclusività" secondo il quale tutte le energie dei pubblici impiegati debbono essere riservate all'espletamento dei compiti loro affidati dall'amministrazione, escludendosi la formazione di centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito. Alla stregua di tale principio, è da considerare incompatibile, indipendentemente dalla sua natura, qualsiasi attività, estranea al pubblico impiego, che sia caratterizzata da intensità, continuità e professionalità (cfr. se. IV 23 aprile 1969 n. 125)"*; Corte di Cassazione, II, sent. n. 5412 del 6.6.1990: l'articolo 60 del Dpr 3/57 è *"ispirato all'esigenza di assicurare l'osservanza da parte dei pubblici impiegati del fondamentale e indefettibile dovere di porre al servizio dell'amministrazione tutte le proprie capacità ed energie senza disperderle in attività estranee che li distraggono comunque dalle loro mansioni"*; Corte di Cassazione, S.U., sent. n. 1722 del

di interessi diversi da quelli dell'amministrazione datrice di lavoro. Si tratta di una comprensibile e condivisibile preoccupazione, finalizzata a garantire che l'amministrazione svolga un'azione imparziale.

La seconda è che il divieto di svolgere attività extralavorative è finalizzata a garantire al datore pubblico la piena efficienza intellettuale e fisica del lavoratore, la cui energie non debbo essere consumate a scapito dell'interesse del primo.

Una simile individuazione della *ratio* dell'istituto delle incompatibilità presenta il grande pregio di liberare il campo da qualsiasi giustificazione di natura etica della disposizione normativa e di ricondurla ad una esigenza di tutela di beni costituzionalmente rilevanti e tali da giustificare la differenziazione tra regime pubblico e regime privato.

Essa però presenta un limite che è costituito dalla sua stessa doppiezza. Infatti mentre il richiamo alla necessità di impedire la creazione di centri di interesse alternativi all'amministrazione sembra volto a tutelare l'imparzialità di quest'ultima, il richiamo alla salvaguardia delle energie lavorative è riconducibile alla sola tutela e protezione della prestazione resa dal dipendente e quindi (indirettamente, ma sostanzialmente) dell'efficienza del servizio pubblico.

E' evidente come lo sforzo della giurisprudenza sia stato quello di motivare (e giustificare) l'esistenza di una palese diversità tra la condizione del lavoratore

13.2.1992: *"La norma esprime un principio generale del rapporto di pubblico impiego, conseguenza del dovere gravante sui dipendenti pubblici di destinare le proprie energie lavorative soltanto in favore dell'amministrazione presso la quale prestano servizio. A tale generale disciplina vanno aggiunte le normative regolanti le singole professioni, alcune delle quali contengono deroghe di varia ampiezza e rilevanza, dettate da scelte del legislatore in considerazione del grado di inconciliabilità che si può presentare tra libero esercizio professionale ed attività impiegatizia, per la quale vengono richiesti soprattutto rispetto degli orari di lavoro, e dei doveri di fedeltà e disciplina"*; Corte Conti, sez. giur. Regione Sicilia, sent. n. 1330 del 18.5.2004 : *"L'art. 60 T.U. 10 gennaio 1957 n.3 in tutti i rapporti di pubblico impiego sancisce il principio generale della c.d. esclusività, secondo il quale tutte le energie dei pubblici impiegati devono essere riservati all'espletamento dei compiti loro affidati dall'amministrazione, escludendosi la formazione di centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito; pertanto è incompatibile con lo status di pubblico dipendente qualsiasi attività estranea al rapporto che sia caratterizzata da intensità, continuità, professionalità"*; Consiglio di Stato, IV, sent. n. 3618 del 7.6.2004: *"Pacificamente l'incompatibilità prevista per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni dagli artt. 60 del TU 3 del 1957 e 53 del D.lgvo 165 del 2001 (...) fonda la propria ratio sulla opportunità di evitare disfunzioni e gli inconvenienti che deriverebbero all'Amministrazione dal fatto che il proprio personale, anche rivestendo cariche sociali presso società di diritto privato si dedichi ad attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso inscindibile tra lavoro rischio e profitto, nonché sull'eminente considerazione in termini di esclusività dell'apporto professionale dell'impiegato pubblico"*.

privato rispetto a quello pubblico, ed è altrettanto evidente come le motivazioni addotte presuppongano che gli obiettivi di tutela (e i beni oggetto di tale tutela) siano spiegabili in base alla soggettività pubblica del datore di lavoro e alla conseguente soggezione del lavoratore. Si tratta cioè di una lettura delle previsioni difficilmente spiegabili e, dovendo ricondurre il rapporto lavorativo nel settore pubblico non a specifici doveri naturalmente connessi al rapporto pubblicistico esistente tra amministrazione e impiegato (di fonte unilaterale), ma ad un rapporto contrattuale privatistico ove datore e lavoratore si legano reciprocamente in un rapporto contrattuale comune, fonte di obbligazioni tipiche.

Eliminando la natura pubblicistica del rapporto, la *ratio* individuata dalla giurisprudenza risulti assai traballante. Infatti in un sistema come quello scaturito dalla riforma si può sostenere che il buon andamento dell'amministrazione deve essere oggetto e fine della stessa azione amministrativa e deve gravare sui dirigenti (e non sui soggetti ad essa vincolati dal rapporto di lavoro), che tramite gli ordinari strumenti datoriali dovranno procedere al controllo dell'efficienza e della produttività dei propri dipendenti. In sostanza pare che le motivazioni individuate dalla giurisprudenza siano sostenibili se si riconduce il pubblico impiego all'ambito di una regolazione pubblicistica⁷⁴; mentre difficilmente lo sono con riferimento al diritto comune. Si ritiene cioè che la giurisprudenza, nel continuare a fare riferimento ai medesimi principi giustificativi agevolmente e sufficientemente fondati in un sistema in cui il pubblico impiego è regolato dal diritto pubblico, non abbia seriamente riflettuto sulla mutata natura dei rapporti di lavoro con i soggetti pubblici. La trasposizione *de plano* di tali criteri in un sistema privatizzato può implicare alcune critiche, sia in termini di coerenza sistematica sia in termini di opportunità. Ma di questo ci occuperemo nel prosieguo della trattazione. Per il momento pare si possa sostenere che nel passaggio dall'ordinamento precostituzionale a quello costituzionale si sia andata individuando una *ratio* della disciplina che trova soddisfacente e coerente giustificazione nel fatto che il rapporto di lavoro pubblico non sia paritetico, ma implichi uno specifico *status* di soggezione dell'impiegato rispetto al soggetto pubblico datore di

⁷⁴ Altra cosa è se siano giustificabili in termini di utilità/opportunità

lavoro. Si tratta tuttavia di una *ratio* poco conciliabile con la privatizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

E' comunque abbastanza evidente che una consapevolezza teorica del significato delle incompatibilità, quale l'ha individuata l'elaborazione giurisprudenziale, era decisamente assente alle origini della regolazione positiva e risulta essere il frutto di una elaborazione ed evoluzione diacronica della riflessione sulla *ratio* dell'istituto.

CAPITOLO II

Regime delle incompatibilità e privatizzazione del pubblico impiego

I. L'evoluzione delle fonti: previsione della riserva di legge in materia (L. 421/1992 art. 2 c.2 c)

L'attuale assetto normativo del pubblico impiego, trova il suo fondamento nella riforma scaturita dalla emanazione dei decreti legislativi attuativi della delega *"per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e finanza territoriale"* contenuta nella L. 421 del 1992, poi richiamata dalla successiva delega di cui alla L. 59/97 art. 11.

Da tale intervento del legislatore delegante, ha preso il via la privatizzazione del pubblico impiego che si è riproposta di rinnovare radicalmente il sistema, operando su alcuni elementi chiave che si possono identificare con la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, l'estensione al pubblico impiego delle regole del diritto del lavoro comune e la devoluzione del contenzioso sulla materia alla Giurisdizione Ordinaria ⁷⁵.

Come si accennava il processo di riforma si è svolto in due fasi (la c.d. prima e seconda privatizzazione) in seguito alla delega contenuta nella L. 59/97 che ha tra l'altro esplicitamente richiamato e dato nuovo impulso a quanto previsto dalla legge del 1992 ⁷⁶.

⁷⁵ Ancorchè datata e legata al coinvolgimento diretto del suo autore, è interessante la riflessione in proposito formulata da BASSANINI, *Italie : notre révolution silencieuse*, in FAUROUX e SPITZ, *Notre Etat : le livre vérité de la fonction publique*, Paris 2000, pagg. 148-176; in particolare egli sostiene di aver realizzato *"un nouveau statu de la fonction publique, qui ressemble de plus en plus à celui des employés du secteur privé, qui mise sur la valorisation de l'élément humain sur la formation et sur la gestion active du personnel, jugé moins sur le respect de normes abstraites que sur la capacité de satisfaire les besoins des citoyens-clients de l'Administration dans un cadre d'autonomie des devoirs d'organisation qui privilégie et récompense les performances"* (pag. 151/2).

⁷⁶ Per una analisi critica articolata della riforma CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, saggio introduttivo a *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004.

Per una valutazione su ciò che è stato realizzato e su cosa deve ancora esserlo si veda ZOPPOLI, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in LPA, 1/2008 pp.1-36, cui si rinvia per l'aggiornamento bibliografico. Una puntualizzazione critica sulla realizzazione della

In particolare la delega ha fissato il principio che avrebbero dovuto guidare il Governo delegato e ha radicalmente innovato il sistema delle fonti regolatrici del nuovo assetto del pubblico impiego. Tale mutamento ha costituito l'elemento fondamentale e caratterizzante della riforma e del nuovo sistema in sostituzione di quello previgente (secondo il quale tutta l'attività della pubblica amministrazione, compresa la disciplina dei rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, era regolata e si svolgeva in forza di atti unilaterali e potestativi messi in atto dalle amministrazioni nell'esercizio di un potere di natura pubblicistica ⁷⁷).

Il riformatore ha quindi deciso di intraprendere la strada della massima assimilazione della organizzazione e della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, sia tra di loro che, soprattutto, con quella del settore privato.

Come è stato notato ⁷⁸ quello dell'organizzazione è concetto composito e variegato e in esso si deve ricomprendere una notevole serie di attività che, pur avendo una ben differenziata connotazione, risultano strettamente legate tra loro: si va infatti dalla organizzazione degli uffici (di qualsiasi livello) alla definizione degli organici e alle assunzioni dei dipendenti, alla gestione dei singoli rapporti di lavoro. Si tratta di momenti tutti connessi alla nozione di organizzazione con riferimento ai quali non è possibile una piena assimilazione della disciplina del pubblico impiego con quello privato.

Il legislatore, stante la particolare natura del soggetto pubblico e dei fini da lui perseguiti, dovendo tener conto della tutela dell'interesse pubblico e del limite imposto dall'art. 97 della Costituzione in merito alla necessità che gli uffici

riforma e sulla effettiva convivenza di pubblico e privato nell'organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni in BATTINI, *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: per un "test di necessità"*, presentazione dei contributi di VARI AUTORI sul tema raccolti in LPA, 2007 fasc. 2.

⁷⁷ VIRGA, *Diritto Amministrativo*, I, Milano 1983, pag. 105 e ss.

⁷⁸ Si veda D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004, pagg. 96-156; egli dopo aver ricordato che "amministrazione è termine per più ragioni ambivalente", sottolinea che "l'ambivalenza deve essere consapevolmente riconosciuta e accettata per quello che essa implica: organizzazione della struttura degli enti, organizzazione del lavoro, disciplina collettiva e gestione individuale dei rapporti d'impiego sono grandi temi suscettibili di distinzione sul piano concettuale, ma che, nella vita pratica delle amministrazioni pubbliche, sono strettamente connessi e si tengono e si influenzano reciprocamente" (pag. 96).

pubblici siano organizzati secondo previsione di legge, ha dovuto individuare un limite alla “privatizzazione” dell’attività della pubblica amministrazione⁷⁹.

Con riferimento a tale complesso problema il richiamato confine è stato spostato, in occasione della seconda privatizzazione e, con riferimento alla disciplina attuale, si distingue tra atti di macroorganizzazione, riservati alla disciplina pubblicistica, e momenti di microorganizzazione del tutto privatizzati⁸⁰.

In un simile contesto generale non vi è alcun dubbio che la riforma, con riferimento alla disciplina dei rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni ha inteso assimilarne e unificarne il più possibile la disciplina a quella propria del lavoro privato. In particolare l’art. 2 c.1 lett. a) della delega ha inteso “*che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle Amministrazioni dello Stato e degli altri enti di cui agli articoli 1 primo comma e 26 primo comma della legge 29 marzo 1983, n. 93, siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e collettivi*”.

⁷⁹ Con riferimento alla legittimazione della riforma del pubblico impiego, risulta determinante il contributo fornito dalla Corte Costituzionale che costituisce un fondamentale presupposto della presente trattazione. Secondo CARINCI, *Una riforma “conclusa”. Tra norma scritta e prassi applicativa*, posta come prefazione a *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004 la Corte ha “*accompagnato con la sua paterna benedizione*” l’azione riformatrice del legislatore, mantenendo “*una netta costanza e coerenza pro riforma dei dispositivi, tutti tesi a mantenere intatto, a correggere col minimo costo, a ricucire al meglio il testo varato dal legislatore*”, pur non mancando a volte “*discontinuità e contraddittorietà delle motivazioni*” (p. LIX). Ancora CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in LPA 2006, p. 499-548.

La riforma risulta illustrata in BELLAVISTA, *Le fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004 pagg. 71-95 e in FIORILLO, *Commento all’art. 2 del D.Lgvo 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, vol III di *Il Diritto del lavoro*, Milano, 2007.

Le principali tematiche relative al nuovo sistema delle fonti, ancorchè riferite al testo del D.Lgvo 29/93, così come modificate dal D.Lgvo 80/98, sono affrontate nel *Commento all’art. 2*, da TROJSI (comma 5), PANARIELLO (comma 4), RUSCIANO ZOPPOLI (commi 2 e 3) BATTAGLIANI CORPACI (comma 1) in CORPACI RUSCIANO ZOPPOLI *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, 1999, 1063-1085.

⁸⁰ Per la ricostruzione diacronica e per una riflessione di ampio respiro su tale distinzione e il suo rilievo cfr. BELLAVISTA, cit. , pag. 74 e D’ORTA, cit. , attento a sottolineare le analogie tra organizzazione nel pubblico e nel privato (pag. 98) e a distinguere tra alta e bassa amministrazione (pag. 105); sul tema in generale anche FIORILLO, cit.

Da tale norma delegante sono scaturite fondamentali previsioni oggi contenute nell'articolo 2 e nell'articolo 5 del D.Lgvo 165/01⁸¹. La prima di tali previsioni ha stabilito che le fonti regolatrici del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici siano le disposizioni del codice civile sul lavoro nell'impresa, fatte salve le previsioni dello stesso decreto, e afferma che i contratti e gli accordi collettivi, salvo esplicita esclusione, possano derogare rispetto alle previsioni di legge e alle fonti unilaterali che introducano discipline speciali applicabili ai pubblici dipendenti. La seconda, dopo aver chiaramente definito che la finalità perseguita dalle amministrazioni nell'esercizio del loro potere di organizzazione è quella del pubblico interesse, ha previsto che l'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro siano assunte *“con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”*⁸².

⁸¹ La formulazione dei citati articoli è stata parzialmente integrata dagli articoli, rispettivamente, 33 e 34 del D.Lgvo 150/2009. In particolare con riferimento all'art. 2 risulta non insignificante l'integrazione del comma 2, che attribuisce carattere imperativo alle previsioni del D.Lgvo 165/01 palesando così l'intenzione di rafforzare i poteri degli organi gestionali dell'amministrazione forse con l'intento di contenere le aree di possibile interferenza sindacale. Poco significativa per il nostro discorso l'integrazione del comma 3. E' invece particolarmente significativa l'aggiunta di un comma 3-bis che esplicitamente richiama, per il caso di nullità di clausole contrattuali per violazione di norme imperative, gli artt. 1339 e 1419 del codice civile.

Con riferimento invece all'art. 5, la novella ha sostituito il comma 2 cui si riferisce il discorso che stiamo affrontando. Tuttavia occorre sottolineare che la nuova formulazione non solo non altera la sostanziale attribuzione alla dirigenza pubblica del compito di disporre la gestione con i privati poteri del datore di lavoro, ma tende ad ampliarla, sottolineando la necessità che l'intervento sindacale-contrattuale non ecceda i limiti assegnatigli. Non ci coinvolge l'introduzione del comma 3-bis.

⁸² Il testo del nuovo art. 5 del D.Lgvo 165/01 in seguito all'art. 34 del D.Lgvo 150/09: *“ 5. Potere di Organizzazione. 1. Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa. 2. Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici. 3. Gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi indicati all'articolo 2, comma 1, anche al fine di proporre l'adozione di eventuali interventi correttivi e di fornire elementi per l'adozione delle misure previste nei confronti dei responsabili della gestione. 3-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle Autorità amministrative indipendenti.”*

Con riferimento alla norma Cfr FIORILLO *Commento all'art. 5 del D.Lgvo 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *cit.*.

In tal contesto, pur mantenendosi il problema del raccordo con la fase organizzativa che spetta all'autonomo potere di ciascuna delle amministrazioni pubbliche, la regolazione del singolo rapporto di lavoro è ricondotto alla disciplina privatistica con la conseguenza che il datore di lavoro pubblico, ferme le proprie prerogative in termini di autoorganizzazione, gestisce i rapporti con gli stessi poteri accordati dall'ordinamento al privato datore di lavoro.

La presente ricerca si ripropone di riflettere sulle implicazioni di una simile previsione con riferimento all'istituto delle incompatibilità del pubblico impiego.

L'attuale confine tra "privatizzazione" e "sistema pubblico" è il risultato finale di un processo lungo e faticoso, le cui basi erano state originariamente fissate sulla base delle previsioni della riserva di legge di cui all'art. 2, comma 1, della L. 421/92 rispetto alla quale è intervenuta con la previsione dell'art. 11 comma 4 della L. 59/97, che ha dato nuovo impulso al processo di riforma dando vita a quella che comunemente si chiama "seconda privatizzazione". Quest'ultima è stata realizzata dal legislatore delegato con l'emanazione dei D.Lgvi n. 80 e n. 387 del 1998 cui solo nel 2001 è seguito il testo unico 165/01, per altro oggetto di continui interventi e aggiustamenti.

Con riferimento al tema specifico delle incompatibilità i decreti da ultimo citati non hanno apportato all'originario impianto dell'art. 58 del D.Lgvo 29/93 particolari cambiamenti, così che esso risulta oggi trasfuso nell'art. 53 del D.Lgvo 165/01⁸³.

1. La delega del Parlamento: la riserva di legge in materia di incompatibilità.

La legge 421 del 1992 nel prevedere la "privatizzazione" ha stabilito, all'art. 2, che alcune materie rimanessero "*regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi*". Si tratta di sette materie, la maggior parte delle quali riguarda l'ambito organizzativo degli uffici o le procedure di accesso al lavoro, con

⁸³ L'art. 40 del D.Lgvo 150/09 ha introdotto nell'art. 53 un comma 1-bis, sulla cui importanza torneremo nel cap. III, e ha modificato in maniera non sostanziale il comma 16-bis.

riferimento alle quali il legislatore ha inequivocabilmente stabilito che la fonte regolatrice della disciplina non possa essere altri che la legge o altra fonte di provenienza unilaterale pubblica.

Tra di esse sono individuati ambiti connessi alla organizzazione dell'attività del datore pubblico che non presentano immediate relazioni con il rapporto di lavoro, fatta eccezione per le procedure finalizzate alla sua costituzione e per quelle relative alle incompatibilità.

La prima tematica non rientra nell'ambito della presente trattazione⁸⁴, mentre la seconda è centrale con riferimento ad essa. Infatti la norma delegante (alla lettera c), n. 7) riserva esplicitamente alla fonte legislativa la regolazione della *“la disciplina delle responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici”*. Previsione quest'ultima che presenta evidenti e immediate ricadute sulla posizione soggettiva del dipendente pubblico e sul rapporto di lavoro costituitosi tra dipendente e datore di lavoro pubblico. In conseguenza di tale riserva di legge sorge un problema di natura interpretativa in quanto, in base alle previsioni generali della riforma, la disciplina del rapporto di lavoro dovrebbe essere totalmente ricondotta al diritto comune.

La richiamata previsione sottrae dunque la disciplina della materia delle incompatibilità (e del cumulo di impieghi pubblici) alla contrattazione collettiva e, più in generale, pone il problema della sua collocazione nell'ambito del rapporto privatizzato. Infatti, mentre le altre materie di cui alla lettera citata sono riconducibili a momenti antecedenti o comunque presupposti alla costituzione e allo svolgimento del rapporto di lavoro, la disposizione di cui al n. 7 è pienamente riconducibile al rapporto e, conseguentemente alla sua disciplina.

Occorre chiedersi quali siano le ragioni di tale riserva di legge in materia di incompatibilità. Occorre cioè chiedersi se una simile scelta implichi il permanere o meno dell'istituto nell'ambito del diritto pubblico (così come accade per le altre materie riservate alla legge dall'art. 2), ovvero se il legislatore abbia inteso riservare alla legge una disciplina che, essendo

⁸⁴ Sulla problematica connessa alla disciplina dei concorsi e al loro mantenimento anche in un sistema di lavoro pubblico privatizzato BARUSSO, *Selezione e carriera del personale*, Milano, 2002; LUCIANI *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, 2002, PUPO, *Concorsi e diritto alle assunzioni nelle P.A.*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2005, p. 349 ss.

comunque connessa allo svolgimento del rapporto di lavoro (ma non alla sua costituzione nè all'organizzazione degli uffici) potesse poi essere gestita e concretamente attuata nel rispetto della riconduzione del rapporto di lavoro pubblico nell'alveo del rapporto contrattuale con la conseguenza che, nella gestione di tale rapporto, il datore pubblico può/deve ricorrere ai poteri del privato datore di lavoro anche con riferimento alla disciplina in parola, così come, nel rispetto della delega, specifica chiaramente l'art. 5 comma 2 del D.lgvo 165/01.

In altre parole si pone il quesito, sul quale dovremo tornare al termine della presente ricerca, relativo alla qualificazione dell'istituto come riconducibile alla specialità del rapporto di lavoro pubblico, ovvero come disciplina speciale di un normale rapporto di lavoro privatistico.

E' evidente che, così posta, la questione può rilevare sia con riferimento a quale fosse la volontà/intenzione del legislatore, sia, indipendentemente da quest'ultima, con riferimento a quale risulti essere, anche alla luce della realizzazione della delega, l'effettivo assetto positivo della materia in parola.

Con riferimento alla volontà del legislatore non credo sia possibile dare una risposta univoca. Infatti certamente la scelta della riserva di legge può spiegarsi in base ad una possibile volontà di mantenere la disciplina delle incompatibilità nell'ambito pubblicistico, ma essa potrebbe anche derivare semplicemente dalla volontà, scaturita da una valutazione positiva della opportunità di mantenere una disciplina speciale delle incompatibilità dei pubblici dipendenti che non sarebbe stato possibile assicurare attraverso la contrattazione.

Tale impossibilità era (e sarebbe) determinata da due ordini di motivi. Il primo pragmatico, il secondo giuridico.

Sul piano della prassi infatti, non è affatto detto che, nonostante la specificità della contrattazione collettiva nel campo del lavoro pubblico, sarebbe possibile arrivare ad un accordo con le rappresentanze dei lavoratori sulla permanenza dell'istituto ma (e soprattutto), anche se si potesse raggiungere tale accordo, sarebbe assai difficile pervenire a regolamentazioni omogenee (se non proprio uniformi) nei singoli Contratti Collettivi di Comparto.

Se sul piano dei fatti sarebbe assai difficile riuscire ad ottenere tramite lo strumento contrattuale la definizione di una disciplina delle incompatibilità, ciò presenterebbe delle difficoltà sul piano giuridico.

Infatti, facendo riferimento alla disciplina positiva dell'istituto tradizionalmente presente nell'ordinamento che, come meglio vedremo, è stata mantenuta anche in seguito alla riforma, appare assai difficile pensare che lo strumento contrattuale collettivo possa impedire al lavoratore di procurarsi occasioni di guadagno al di fuori del rapporto di lavoro. Salvo l'esatto adempimento della propria obbligazione contrattuale e salvo il rispetto dell'art. 2105 c.c., il lavoratore del settore privato può gestire e mettere a frutto il proprio tempo libero come meglio crede ⁸⁵.

L'eventuale previsione di vincoli e limitazioni a tale libertà nei contratti collettivi di lavoro correrebbero a mio avviso il rischio di risultare nulli.

Infatti, ammesso che una simile previsione generalizzata di "esclusiva" potesse risultare utile al datore essa non lo sarebbe affatto per il lavoratore. Una simile previsione, essendo la causa tipica del contratto lo scambio di una prestazione per un prezzo, si dovrebbe configurare come una clausola atipica del contratto (tipico) di lavoro, con la conseguenza che, anche in presenza di un accordo dei contraenti ma in assenza di un interesse reale in capo ad entrambi, la previsione risulterebbe nulla in quanto non sorretta dai requisiti di cui all'art. 1322 comma 2 del Codice civile.

⁸⁵ Leggendo PAOLUCCI, *Incompatibilità cumulo di impieghi ed incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004 sembra che nell'ambito del lavoro privato il medesimo obiettivo di impedire lo svolgimento di attività extralavorative sia perseguito da altri strumenti di maggiore efficacia: "nell'ambito del rapporto di lavoro privato la diversa disciplina dell'orario di lavoro, la presenza di strumenti e meccanismi di reale incentivazione della produttività e dell'avanzamento di carriera, la collocazione del dovere di esclusività nell'ambito negoziale dell'obbligo, a contenuto negativo, di non concorrenza del dipendente nei confronti dell'imprenditore (art. 2105 c.c.) correlato spesso a penalità di tipo economico hanno svolto di fatto una funzione di disincentivo del fenomeno a prescindere dall'esistenza di specifici precetti legislativi" (p. 797); rispetto alla richiamata, discutibile, affermazione la medesima AUTRICE, *Il regime delle incompatibilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario, a c. di CARINCI e D'ANTONA, Milano 2000 aveva in precedenza affermato che l'obiettivo del legislatore sarebbe quello della lotta al doppio lavoro, "i cui effetti eccedono la semplice alterazione del sinallagma contrattuale nel rapporto tra dipendente e amministrazione per sconfinare nel terreno di più marcato interesse sociale e politico del "lavoro nero"" (pag. 1562). Con riferimento all'art. 2105 e alla sua portata nel lavoro privato si veda MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro – art. 2105 cc.* in SCHLESINGER e BUSNELLI, *Collana il codice civile – Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002. Sintesi giurisprudenziale in MARIANI, *sub art. 2105 c.c.*, in GRANDI PERA a.c. di, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, pp.483. Sull'articolo 2105 si vedano anche MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957 (in particolare a partire dalla pag. 126) e diffusamente TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982 (in particolare pagg. 152-156 e successivamente dalla pag. 229).

Sull'art. 2105 torneremo al capitolo III.

E' probabilmente connessa a tale situazione in fatto e in diritto che nella normale prassi contrattuale collettiva non si verificano previsioni di esclusiva del dipendente a vantaggio del datore e senza corrispettivo. Quando poi si incontrano contratti collettivi che, apparentemente, prevedono clausole di esclusiva analoghe a quelle utilizzate dalla legge a proposito dell'incompatibilità nel pubblico impiego, esse, per diverse ragioni, risultano previsioni anomale destinate a rimanere tali ⁸⁶.

⁸⁶ Si tratta del Contratto Collettivo di Lavoro delle scuole equiparate dell'infanzia operanti nella provincia di Trento, siglato tra FISM e OO.SS (CGIL Scuola, CISL Scuola, UIL Coordinamento Scuola Infanzia, Conf. S.A.L. – SNALS) il 9.7.2004. Gli artt. 21 e 22, in materia di incompatibilità del personale dipendente, formulano delle previsioni perfettamente sovrapponibili a quella corrispondenti utilizzate dal legislatore. Pertanto, con riferimento alle osservazioni formulate, ho seri dubbi che, il testo pattizio possa essere pienamente legittimo. Non ho contezza di pronunce giurisprudenziali in proposito, ma credo che il contenuto dell'obbligo, risultando del tutto estraneo alla prestazione lavorativa, si qualifichi come un elemento accessorio del contratto corrispondente ad un esclusivo interesse del datore, che non pare meritevole di tutela da parte dell'ordinamento e determina un ingiustificato squilibrio nel rapporto sinallagmatico. Conseguentemente la previsione del contratto risulta a mio avviso nulla.

In pratica la previsione contrattuale in parola, salvo quanto appena sostenuto, può risultare comprensibile (quanto a ragioni della propria esistenza su di un piano delle relazioni) se si considera la peculiarità del contratto stesso e della sua collocazione nell'ambito delle scuole equiparate della provincia di Trento. In tale realtà, infatti, nel quadro generale della organizzazione della scuola nella Regione Autonoma Trentino Alto Adige e nell'ambito della propria autonomia statutaria, la Provincia autonoma ha costruito un sistema scolastico all'interno del quale le scuole equiparate (si tratta di scuole materne e dell'infanzia), pur gestite da enti privati, vengono riconosciute dalla Provincia che interviene molto diffusamente nel controllo e nella gestione delle stesse; da qui la scelta di intervenire contrattualmente a disciplinare il rapporto di lavoro privato tra enti gestori e personale scolastico docente e non docente in maniera del tutto uniforme a quanto accade per il personale delle scuole statali. E' evidente l'interesse di tutti i soggetti coinvolti direttamente nel contratto (enti gestori che ricevono abbondanti finanziamenti pubblici, personale dipendente che riceve stipendi equiparati a quelli degli operatori nelle corrispondenti strutture pubbliche) e della Provincia che riesce ad attuare in tal modo la propria politica scolastica con notevole efficienza.

Il secondo dei contratti in parola è il CCNL per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dalla 1 alla 3 dei dipendenti delle aziende di credito finanziarie e strumentali, siglato da ABI e OO. SS. (Dircredito, Falcri, Fibac-Cisl, Fisac-Cgil, Uil-Ca) il 11.7.1999 e rinnovato il 12.2.2005. All'art. 30 prevede che al personale sia tra l'altro vietato: *"1 prestare a terzi la propria opera, salvo preventiva autorizzazione dell'azienda, o svolgere attività comunque contraria agli interessi dell'azienda stessa o incompatibile con i doveri di ufficio; 2 accettare nomine od incarichi che comportino funzioni non compatibili con la posizione di lavoratore/lavoratrice bancario, ivi compresa la partecipazione, a qualunque titolo, a organismi collegiali tributari, comunque denominati, nei casi in cui tale partecipazione non sia obbligatoria per legge"*

In tal caso la previsione contrattuale (diversamente da quella di cui al contratto precedente) non appare imporre un obbligo di esclusiva così esteso. Infatti leggendo la previsione essa prevede sì l'autorizzazione dell'azienda a fronte del generale divieto di "prestare a terzi la propria opera", ma ben chiarisce i limiti del divieto: la contrarietà agli interessi dell'azienda e l'incompatibilità con i doveri d'ufficio. Anche il successivo n. 2 riconduce il divieto alla non compatibilità con la posizione lavorativa e fornisce esemplificazioni nelle quali appare abbastanza evidente il legame esistente tra prestazione contrattuale e attività vietata.

E' quindi evidente che il CCNL in parola definisce gli obblighi del dipendente in maniera tale da non inibirne ogni attività (ad es. partecipazioni sociali, attività professionali o in genere attività non incompatibili); inoltre nel caso di controllo giurisdizionale (ad es. su una mancata

L'esposta osservazione meriterebbe apposito approfondimento, ma nell'ambito del presente studio essa ha il solo scopo di evidenziare che la scelta di mantenere la disciplina delle incompatibilità nell'ambito della riserva di legge non è necessariamente collegata alla volontà di sottrarla alla privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblici (mantenendola così nell'ambito del previgente sistema pubblicistico), ma può benissimo essere determinata dalla volontà di mantenere nell'ordinamento un istituto del quale non sarebbe possibile garantire efficacemente e uniformemente la permanenza con lo strumento contrattuale. Una simile intenzione avrebbe potuto spingere ad adottare la riserva di legge quale strumento indispensabile, pur senza per questo contraddire la riforma nel suo complesso e la regola secondo la quale la gestione dei rapporti di lavoro da parte del datore pubblico deve essere improntata alla privatizzazione (cioè esercizio dei poteri del privato datore di lavoro).

Con riferimento al tema delle incompatibilità di cui all'art. 2 lett. c) n. 7 della legge 421/92 è dunque possibile ritenere che, salva la regolazione della disciplina delegata al legislatore, siamo di fronte ad un istituto che, quanto alle conseguenti ricadute sul rapporto di lavoro, potrebbe comunque ricondursi alla sua privatizzazione (ancorchè la relativa disciplina sia stata sottratta alla contrattualizzazione).

Prima di affrontare la disciplina fissata dal legislatore delegato dobbiamo soffermarci su una ulteriore previsione della legge delegante. Infatti, in sede di attuazione della delega il legislatore (con l'art. 58 del D.lgvo 29/93 poi 53 del D.lgvo 165/01) ha ritenuto di recepire una ulteriore disposizione dell'art. 2 della L. 421/92: quella di cui alla successiva lettera p)⁸⁷, relativa agli incarichi

autorizzazione) il contratto dovrebbe essere interpretato alla luce dell'art 1371 c.c., ovvero nel senso della realizzazione di un equo contemperamento dell'interesse delle parti. E' evidente che, con riferimento al caso concreto e alla luce della buona fede contrattuale, al di fuori di ben definiti limiti (per altro esemplificati dal contratto stesso) non sarebbe possibile inibire al lavoratore attività lucrative extralavorative che non interferissero con l'adempimento della prestazione.

Sul tema relativo all'ampliamento dell'obbligo di fedeltà ad opera dei contratti collettivi si veda MATTAROLO, *cit.*, pag. 251 ss. che cita ulteriori esempi di clausole tendenti a limitare le attività extralavorative dei lavoratori, pur mantenendo sempre una "relazione" tra il contenuto della clausole in parola e l'ambito della prestazione dedotta in contratto. Sul tema, per quanto con riferimento a contratti ormai superati, si vedano MANCINI, *cit.*, pag. 143 ss e TRIONI, *cit.*, pag. 177 ss.

⁸⁷ L. 421/92, art. 2: "(...) p) prevedere che qualunque tipo di incarico a dipendenti della pubblica amministrazione possa essere conferito in casi rigorosamente predeterminati; in ogni

conferiti da chiunque ai pubblici dipendenti. Essa, nel primo periodo prevede che solo in casi rigorosamente predeterminati possa essere conferito a dipendenti della pubblica amministrazione qualunque tipo di incarico, specificando che *“l'amministrazione ente, società o persona fisica che hanno conferito al personale dipendente da una pubblica amministrazione incarichi previsti dall'art. 24 della L. 30 dicembre 1991 n. 412 entro sei mesi dall'emanazione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, siano tenuti a comunicare alle amministrazioni di appartenenza del personale medesimo gli emolumenti corrisposti in relazione ai predetti incarichi allo scopo di favorire la completa attuazione dell'anagrafe delle prestazioni prevista dallo stesso articolo 24.”*⁸⁸. Dato l'esito in sede di attuazione di tale ultima previsione vale la pena sottolineare che la norma del 1991 ha natura e origine del tutto estranea rispetto alla regolazione/gestione dei rapporti di lavoro (che, tra l'altro, erano all'epoca ancorati al diritto pubblico).

Concludendo sul punto, con riferimento alle incompatibilità, il tenore della delega si presta ad alcune osservazioni.

In primo luogo occorre rilevare che risulta necessario riconoscere che, per esplicita volontà del legislatore delegante, la legislazione delegata deve al tempo stesso procedere nella operazione di omologare la disciplina del lavoro pubblico e quella del lavoro privato (art. 2 lett. a)) e mantenere nell'ordinamento l'istituto delle incompatibilità tra impiego pubblico e *“altre*

caso, prevedere che l'amministrazione, ente, società o persona fisica che hanno conferito al personale dipendente da una pubblica amministrazione incarichi previsti dall'articolo 24 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, entro sei mesi dell'emanazione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, siano tenuti a comunicare alle amministrazioni di appartenenza del personale medesimo gli emolumenti corrisposti in relazione ai predetti incarichi, allo scopo di favorire la completa attuazione dell'anagrafe delle prestazioni prevista dallo stesso articolo 24”

⁸⁸ L. 412/91, art. 24: *“Anagrafe delle prestazioni. 1. Ai fini del contenimento della spesa pubblica e per garantire l'efficacia, l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa, è istituita presso il Dipartimento della funzione pubblica una anagrafe nominativa, da aggiornare annualmente, in cui dovranno essere indicati tutti gli incarichi pubblici e privati non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, con i relativi compensi, ricevuti da tutto il personale delle amministrazioni pubbliche compresi i magistrati e il personale della Banca d'Italia. 2. Gli incarichi di cui al comma 1 riguardano gli arbitrati, i collaudi di opere pubbliche, i consigli di amministrazione, i collegi sindacali, dei revisori dei conti in enti vari, università, scuole, e ogni altro tipo di prestazione professionale. 3. Entro il 30 aprile 1992 il Ministro per la funzione pubblica predispone un piano pluriennale, da allegare al Documento di programmazione economico-finanziaria, che stabilisce gli obiettivi annuali per la riduzione del fenomeno degli incarichi.”*

attività” la cui regolazione deve essere operata dalla legge o da atti amministrativi (art. 2 lett. c) n. 7).

In secondo luogo emerge la volontà di rendere rigorose le modalità e i casi nei quali risulta legittimo che un dipendente di una Pubblica Amministrazione possa svolgere per conto di qualsiasi soggetto, pubblico e/o privato, incarichi lavorativi (art. 2 lett. p) primo paragrafo). Tale ultima disposizione, in forza del richiamo alla L. 412/91 (art. 2 lett. p) secondo paragrafo) viene posta in stretta correlazione con l'esigenza di “monitorare” e tenere sempre informato il Dipartimento della funzione pubblica dei guadagni dei pubblici dipendenti derivanti da prestazioni lavorative in senso lato ulteriori rispetto alla retribuzione ordinaria, sia che provengano dal datore di lavoro, sia che abbiano altra origine.

La volontà di attuare a pieno l'anagrafe delle prestazioni deve necessariamente ricondursi alle ragioni individuate dalla legge istitutiva ⁸⁹, oltre che a evidenti fini di monitoraggio della spesa pubblica. Il fatto però che tale monitoraggio si estenda anche ai guadagni di origine non pubblica, impone di ipotizzare anche un fine ulteriore, che non si riesce a ricondurre che ad un'esigenza di controllo e contrasto all'evasione fiscale. Pensiamo che la previsione normativa si possa interpretare alla luce di una volontà di contrasto al fenomeno del “doppio lavoro”, frequentemente legato in dottrina alla opportunità di prevedere per i dipendenti pubblici un regime di esclusività ⁹⁰. Diversamente la previsione normativa sarebbe priva di utilità.

Tale impostazione della delega ha prodotto, nella legislazione delegata, una problematica equiparazione tra le attività che il dipendente possa svolgere per conto della propria o di un'altra amministrazione ovvero presso soggetti terzi. Ha pertanto ingenerato una commistione tra differenti figure.

In primo luogo esiste il problema della trasparenza con la quale all'interno delle amministrazioni vengono attribuiti incarichi ulteriori o differenti rispetto a

⁸⁹ Cfr nota precedente, in particolare al comma 1.

⁹⁰ Cfr MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA 2000, pp. 753- 777 che insiste sul tema della connessione tra lavoro nero, doppio lavoro e incentivo al part time pubblico. Sul secondo lavoro sono particolarmente acute le osservazioni di D'ANTONA, *Part time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (commento alla L. 23 dicembre 1996, n. 662)*, in *Opere, V: Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano 2000, pagg. 195-204.

Analogamente PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità...*, cit., p. 1562.

quelli per il quale il lavoratore è stato assunto, che costituiscono onere per l'amministrazione stessa. Evidentemente sono due le prospettive che vengono in rilievo in una simile situazione: da un lato la trasparenza nella scelta dei soggetti cui attribuire tali incarichi, che non dovrebbe seguire logiche amicali/clientelari/politiche/sindacali; dall'altra la necessità di evitare che le amministrazioni, a fronte di ulteriori costi rispetto alla spesa ordinaria, attribuiscono incarichi per lo svolgimento di attività che avrebbero potuto svolgere dipendenti in servizio nell'ambito della loro prestazione lavorativa.

Vale la pena notare che, per le sue evidenti implicazioni di rilievo pubblico, il problema del contenimento, o quanto meno della razionalizzazione della spesa, aveva già occupato il legislatore, fin dalla nascita del Regno d'Italia e ben prima della organica definizione della disciplina del pubblico impiego⁹¹. Egli infatti, fin dal 1862, aveva previsto limiti quantitativi ai guadagni che potevano essere attribuiti ad un dipendente che svolgesse più incarichi retribuiti a carico della finanza pubblica (e solo in tale prospettiva, o quantomeno in relazione al controllo della spesa, potrebbe avere una sua ragionevolezza la disposizione che rende obbligatoria la comunicazione dei compensi percepiti e l'obbligo delle amministrazioni di trasmettere i dati all'anagrafe delle prestazioni con riferimento ai soli emolumenti a carico dello Stato -o comunque della finanza pubblica-) mentre il legislatore del 1957 aveva stabilito che in caso di doppio impiego pubblico venisse meno quello di più antica costituzione⁹².

⁹¹ Il RD 693 del 1908 all'art 10, che riproduce la legge 19 luglio 1862 n. 722 art. 1, recita: “*Gli impieghi retribuiti a carico dello stato non potranno cumularsi con altri retribuiti dallo stato, dalle province, dai comuni, dalle università libere, e da qualsiasi altra amministrazione garantita, sussidiata o riconosciuta dallo stato, salvo le eccezioni di cui appresso*”. Negli articoli successivi si individuano casi nei quali era consentito il cumulo di incarichi per le categorie dei magistrati, del corpo insegnante e del corpo sanitario, veniva comunque previsto che qualora i due stipendi riuniti eccedessero la somma di 5.000 lire sulla eccedenza si dovesse effettuare la riduzione di un terzo, mentre nel caso che ciascuno degli stipendi eccedesse la medesima cifra veniva decurtato della stessa proporzione solo il meno cospicuo. La logica sottesa al divieto di cumulo era esclusivamente di natura economica e intesa a non gravare troppo sulle casse dello stato che anzi, nel caso di cumuli consentiti, poteva giovare del risparmio derivante dalle riduzioni.

⁹² Cfr art. 65 dpr 3/57: “*Divieto di cumulo di impieghi pubblici. Gli impieghi pubblici non sono cumulabili, salvo le eccezioni stabilite da leggi speciali. I capi di ufficio, di istituti o di aziende e stabilimenti pubblici sono tenuti, sotto la loro personale responsabilità, a riferire al Ministro competente, il quale ne dà notizia alla Corte dei conti, i casi di cumulo di impieghi riguardanti il dipendente personale. L'assunzione di altro impiego nei casi in cui la legge non consente il cumulo importa di diritto la cessazione dall'impiego precedente, salva la concessione del trattamento di quiescenza eventualmente spettante, ai sensi dell'art. 125, alla data di assunzione del nuovo impiego*”.

In considerazione del fatto che non appare ipotizzabile che i compensi extraistituzionali conferiti dalle amministrazioni siano oggetto di elusione fiscale (in quanto l'amministrazione stessa provvede alla regolarizzazione), appare evidente che l'attenzione non può che essere rivolta ai compensi versati a dipendenti pubblici da soggetti esterni alla Pubblica Amministrazione, ma appare alquanto discutibile e improbabile che un'attività svolta dal pubblico dipendente e pagata "in nero" venga poi denunciata al datore di lavoro e da questo all'anagrafe delle prestazioni. Ciò comporta la sostanziale inutilità della previsione normativa.

Dunque, la disciplina affronta contemporaneamente questioni di ordine fiscale (cioè tali da riguardare sia i soggetti pubblici che quelli privati) e questioni relative al controllo della spesa pubblica (rispetto alle quali è evidente l'estraneità dei soggetti privati).

Il tema relativo all'anagrafe in parola non è necessariamente connesso a quello dell'incompatibilità cui è dedicato il presente studio, ma rileva comunque tenerlo presente in quanto il legislatore delegato ha richiuso in un unico articolo istituti differenti quali appunto la disciplina delle incompatibilità, quella relativa alla autorizzabilità di alcune attività (in termini sostanziali e procedurali), quella relativa alle sanzioni in caso di violazione sostanziali del divieto di svolgere attività extralavorative, nonché quelle relative alla violazione degli obblighi e delle procedure connesse alla realizzazione della anagrafe di cui al citato articolo 24.

In buona sostanza si può affermare che differenti e distinte indicazioni della delega, disomogenee per natura e finalità perseguite, sono confluite tutte in un'unica disposizione che, per quanto articolata e complessa, intende affrontare contemporaneamente situazioni giuridiche e di fatto assai differenti tra loro.

Con riferimento alla norma il Consiglio di Stato, VI, sent. 6667 del 14 ottobre 2004, con riferimento ad una fattispecie assai particolare ha affermato che la eventuale sovrapposizione (e la conseguente incompatibilità) deve riferirsi a una situazione di fatto e non a una situazione di diritto (nel caso di specie si discuteva se l'incompatibilità e la conseguente decadenza dal primo impiego dovesse riferirsi al momento della effettiva assunzione delle mansioni ovvero da quello della decorrenza giuridica del secondo dei due impieghi). Si tratta di orientamento consolidato e risalente a C.S. V, sent. n. 896 del 9.11.1957.

II. L'articolo 53 del D.Lgvo 165/01 e l'articolo 1 della L. 662/96.

In attuazione della delega è stato emanato il D.Lgvo 29/1993 che ha ridisegnato la disciplina relativa alle incompatibilità e ai cumuli di impieghi dei pubblici dipendenti all'art. 58. Il percorso che ha portato dal D.Lgvo 29/93 al D.Lgvo 165/01 non è stato privo di interventi e modifiche, ma, con riferimento alla materia che ci interessa, non si sono verificati significativi interventi e l'attuale testo dell'art. 53 del D.Lgvo 165 ripropone sostanzialmente il testo del richiamato art. 58 ⁹³.

Nel testo dell'art. 53, come abbiamo già evidenziato, sono confluite disposizioni della delega di differente origine, di differente rilievo e determinate da diverse esigenze; esso pone inoltre un problema di coordinamento della norma generale contenuta nel D. Lgvo 165, con quelle, per altro espressamente richiamate da questo ultimo, contenute negli artt. 60 e ss. del Dpr 3/57 e nei commi 57 e seguenti dell'art. 1 della L. 662/96 che disciplinano il part time nel pubblico impiego e incidono significativamente sulla disciplina delle incompatibilità con riferimento al solo personale il cui rapporto a tempo parziale con il soggetto pubblico implichi una durata della prestazione lavorativa uguale o inferiore al 50% dell'orario normale di servizio.

⁹³ Il testo originario dell'art. 58 ha subito due interventi relativi alla proroga dei termini per l'emanazione dei regolamenti in esso previsti ad opera del D.L. 358/1993 art. 2 (convertito con L. 448/1993) e del D.L. 361/1995 (convertito con L. 437/95). Vi sono poi stati gli interventi operati dagli art. 26 del D.Lgvo 80/98 e 16 del D.Lgvo 387/98 che hanno disegnato l'attuale testo sul quale è recentissimamente ulteriormente intervenuto, come vedremo, il D.Lgvo 150/09.

Si segnalano poi gli interventi effettuati ad opera dell'art. 7 novies del D.L. 7/2005 che ha introdotto al comma 6 tra le attività libere anche la lettera f-bis e l'aggiunta del comma 16-bis effettuata dall'art. 47 del D.L. 112/08, a sua volta modificato dall'art. 47 del D.Lgvo 150/09.

Sull'originario art. 58 si veda PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a c. di CARINCI e D'ANTONA, Milano, 2000, II, p. 1623 ss; EADEM, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004, p. 796 ss; cfr D'APONTE, *Commento all'articolo 53*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del Lavoro*, III, *Il lavoro pubblico*, Milano 2007, p. 540 ss.

Infine vale la pena sottolineare gli interventi effettuati dall'art. 34 del D.L. 233/06 in termini di scadenze di cui al comma 14.

Pongono eccezioni alle previsioni dell'art. 53 alcune disposizioni dei provvedimenti urgenti in materia di emergenza rifiuti di cui al D.L. 90/08.

1. L'art. 53 del D.Lgvo 165 del 2001 e le incompatibilità assolute

Il comma primo dell'art. 53 pone il principio generale relativo al tema delle incompatibilità assolute e, sostanzialmente, non apporta modifiche alle norme previgenti, affermando esplicitamente per tutti i dipendenti pubblici la perdurante vigenza degli articoli da 60 a 65 del D.P.R. 3/57.

Al fine di armonizzare tale affermazione con le proprie previsioni, il testo specifica che sono fatte salve le deroghe di cui all'art. 23 bis⁹⁴ e le norme sul part time. Affronteremo successivamente l'analisi delle disposizioni speciali citate dalla norma.

L'art. 23 bis prevede la possibilità che i dirigenti pubblici svolgano periodi di lavoro presso soggetti pubblici o privati, per un periodo massimo di 5 anni, in regime di aspettativa, senza perdere la qualifica e con possibilità di ricongiunzione previdenziale. La disposizione non risulta direttamente connessa al tema delle incompatibilità anche tenendo conto del fatto che, comunque, siamo in assenza sia di prestazione che di retribuzione.

Avremo modo tra breve di osservare come il richiamo alla disciplina relativa al part time ponga alcuni problemi di coordinamento tra le diverse previsioni normative.

Vediamo ora le linee generali della disciplina delle incompatibilità disegnata dal legislatore delegato in attuazione della riforma. Egli richiama l'art. 60 del Dpr. 3/57 che impone ai pubblici dipendenti il divieto di esercitare il commercio, l'industria e qualsiasi professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro. Il successivo art. 61⁹⁵ esclude dal divieto le società cooperative e prevede che sia autorizzabile lo svolgimento dell'incarico di arbitro o perito; mentre l'art. 62 ammette che il dipendente, previa previsione di legge o autorizzazione, *“partecipi all'amministrazione o ai collegi sindacali di società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari*

⁹⁴ Sull'art. 23 bis (così come modificato e sostituito dalla L. 145/02 e poi dall'art. 5 del D.L. 7/05 convertito con modificazioni dalla L. 43/05 si veda MATTEINI, *Sub art. 13-29 in Il diritto del lavoro* a c. Amoroso, Di Cerbo Fiorillo, Milano 2007 pp. 221-258; sul tema specifico alla pag. 248 ss.

⁹⁵ Modificato dall'art. 18 della L. 59 del 1992.

dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa".

Si tratta dunque di un sistema in cui, a fianco di un generale divieto del tutto inderogabile, si prevede che l'amministrazione datrice di lavoro possa autorizzare i propri dipendenti a svolgere alcune specifiche attività estranee a quanto da loro dovuto in base al rapporto lavorativo.

Il sistema, strettamente coerente con una definizione rigorosamente pubblicistica del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, prevedeva dunque una limitata possibilità di deroga da parte delle pubbliche amministrazioni (c.d. incompatibilità relative o superabili) a fronte di un generale divieto (c.d. incompatibilità assoluta) di svolgere attività extraistituzionali.

Tale sistema, che abbiamo già visto essere del tutto estraneo a quello del c.d. cumulo di impieghi, prevedeva anche una disciplina sanzionatoria secondo la quale, in caso di violazione dei divieti di cui ai precedenti art. 60 e 62, il dipendente deve essere diffidato a por fine a tale situazione di incompatibilità. In caso quest'ultima non cessi nei successivi 15 giorni, l'impiegato decade (art. 63). La norma al comma 2 specifica che l'eventuale obbedienza alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare a carico del dipendente.

L'apparente rigore della previsione è stato nel corso del tempo "mitigato" dalla giurisprudenza, che ha ritenuto fossero incompatibili nei termini di cui all'art. 60 soltanto quelle attività che presentassero i caratteri della professionalità, continuatività e remuneratività⁹⁶.

Conseguentemente la previsione relativa alla responsabilità disciplinare dei dipendenti assumeva rilievo non soltanto nel caso dei dipendenti che, una volta diffidati evitassero la decadenza rinunciando alle attività proibite e restando così in servizio, ma anche con riferimento a quei dipendenti cui venisse contestato di svolgere attività extraistituzionali prive dei requisiti di cui alle attività vietate: essi infatti non sarebbero comunque incorsi nella decadenza pur avendo disatteso i doveri del loro ufficio.

⁹⁶ Cfr tra gli altri, ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, 1998, p. 153, TENORE, *Le attività extraistituzionale e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA 2007, pag. 1101.

Il legislatore delegato dunque ha trasportato la disciplina del 1957 nell'ambito del lavoro pubblico privatizzato e ha voluto conservarla invariata anche nel nuovo contesto.

Egli ha forse tenuto conto della interpretazione giurisprudenziale dei divieti di cui all'art. 60 e, pur senza esprimerlo, ha introdotto nella disciplina due significative novità. Infatti ha individuato un'area di attività extralavorative che risultano sempre lecite al pubblico dipendente (e pertanto si qualificano come un diritto soggettivo pieno del lavoratore) individuandole al comma 6 dell'art. 53. Quindi, in base all'oggettiva circostanza che tra le attività vietate dal richiamo all'art. 60 del Dpr 3/57 e quelle libere di cui al comma 6, art. 53 del D.Lgvo 165/01 si colloca in concreto un'area (potenzialmente assai vasta) di attività, ha predisposto che in merito a questa ultima la liceità o meno del loro svolgimento fosse definita dalle stesse amministrazioni datrici di lavoro.

In pratica, realizzando la delega, il legislatore ha ritenuto di affermare in termini assoluti alcuni principi (generale divieto di svolgere attività rilevanti) e le relative mitigazioni (possibile assunzione di cariche in società a controllo pubblico e svolgimento di attività autorizzabili) ma ha anche contemporaneamente affermato un nuovo principio, a mio avviso fondamentale, nel momento in cui ha previsto in termini assoluti che lo svolgimento di determinate attività costituisca un diritto del pubblico dipendente (diritto precedentemente riconosciuto alla sola assunzione di cariche cooperative). Infine ha attribuito agli stessi soggetti pubblici datori di lavoro la facoltà di stabilire criteri generali finalizzati all'individuazione di quali, tra le attività (potenzialmente illimitate) comprese nell'area rimasta esclusa dalle due definite per legge, siano compatibili con l'attività svolta dal datore stesso, il quale viene coerentemente investito del potere di autorizzare o meno le (eventuali) concrete attività extralavorative dei propri singoli dipendenti.

2. Le incompatibilità assolute e l'art. 1 commi 57 e ss della L.662/1996

Prima di affrontare la concreta declinazione della disciplina dei divieti assoluti e delle relative deroghe introdotte dalla norma, occorre segnalare un problema relativo all'individuazione delle norme applicabili in materia. Infatti, nel

quadro definito dall'art. 58 del D.Lgvo 29/93, oggi trasfuso nell'art. 53 del D.Lgvo 165/01 si intromette la disciplina introdotta dai commi 56 e seguenti della L. 662/2996⁹⁷. Tale legge, la finanziaria per il 1997, ha sostanzialmente istituito una sorta di part time speciale, finalizzato non tanto a introdurre nel pubblico impiego una tipologia di lavoro flessibile, per altro già esistente, ma a permettere ai dipendenti pubblici interessati la possibilità di svolgere attività altrimenti proibite⁹⁸. Tale obiettivo delle norme appare esplicito in quanto esso rimuove, per i soli dipendenti con rapporto di lavoro non superiore al 50%, gli ostacoli normalmente posti all'esercizio di una seconda attività lavorativa.

Con riferimento a questo tipo di part time, infatti, il legislatore ha previsto (comma 58) l'obbligo di dichiarare, contestualmente alla richiesta di passaggio al tempo parziale, quale attività il dipendente intende svolgere nel tempo non lavorato presso la pubblica amministrazione e, coerentemente, qualora in epoca successiva alla trasformazione del rapporto la attività autonoma o subordinata svolta dal dipendente muti, questi è tenuto a comunicare la variazione al datore di lavoro. La previsione risulta funzionale alla concreta attuazione della successiva previsione della norma che, così come novellata dal D.L. 112/08⁹⁹,

⁹⁷ Sull'insieme delle norme in parola non sono mancati interventi significativi ad opera del D.L. 112 del 2008. Nel complesso la novella si è mossa nel senso dell'irrigidimento della disciplina del part time pubblico, per tanti aspetti avvicinandola a quella del part time nel settore privato.

⁹⁸ Sulle ragioni della presenza del part time nel pubblico impiego cfr. FALCONE, *Il part time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controlli)*, in LPA, 1999, pagg. 527-563; MISICONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, 751-777. In generale sul tempo parziale nel pubblico impiego SANTUCCI, *Il lavoro part time*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004, p. 597 ss.

⁹⁹ La novella del 2008, con puntuali interventi sul testo, ha reso discrezionale la concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da full time a part time; diversamente, nella precedente formulazione, tale passaggio si configurava come dovuto e quindi veniva ad integrare un diritto del dipendente pubblico ad ottenerlo. Con riferimento in generale alla disciplina del part time nel settore pubblico e alla sua evoluzione nel corso di più di un ventennio, compreso tra il D.L. 726/1984 (convertito con L. 863/84) che l'ha introdotto per la prima volta e l'ultima novella contenuta nel D.L. 112/08 (convertito con L. 133/08), BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in LPA, 2008, p. 499-531 ha ben evidenziato come la disciplina abbia soddisfatto differenti esigenze e sia stata costruita ora privilegiando le esigenze del lavoratore ora privilegiando le esigenze dell'amministrazione.

La stessa autrice, alle p. 499-501, ha messo in evidenza le dimensioni e le caratteristiche del fenomeno del part time nel settore pubblico, sottolineando come esso coinvolga sia uomini che donne ma secondo opzioni orarie differenti. Infatti, a fronte di una forte presenza femminile che opta per il rapporto di lavoro a tempo parziale secondo il modello del part time "lungo", cioè superiore al 50% dell'orario standard, si rileva la preponderanza del modello a orario "breve" nel caso della scelta di part time da parte degli uomini. Ne consegue che, in maniera preponderante il part time viene utilizzato nel pubblico impiego come forma flessibile di

stabilisce che l'amministrazione possa concedere o negare la trasformazione del rapporto da full time a part time, vietando così (indirettamente) al dipendente lo svolgimento delle seconde attività, autonome e professionali. Due i presupposti, autonomamente rilevanti, del possibile divieto: il primo è costituito dal fatto che l'attività che il dipendente intende svolgere possa costituire "*conflitto di interessi con le specifiche attività di servizio svolte*" il secondo, sempre connesso alle mansioni concretamente svolte, è connesso all'eventualità che la trasformazione possa arrecare pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione.

Il successivo comma 58-bis¹⁰⁰ afferma che le amministrazioni provvedano, tramite decreto del Ministro, a indicare le attività che in ragione della interferenza con i compiti istituzionali sono comunque sempre non consentite.

La disciplina, per quanto fin qui esposto, non pone problemi di raccordo con le norme generali relative alle incompatibilità di cui al comma 1 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01 (che rinvia all'art. 60 dpr 3/57). Infatti il suo ambito di applicazione è ben definito e il legislatore stabilisce che ai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale "corto" non si applichino i divieti di svolgere attività commerciali, industriali, professionali o di lavoro subordinato, a meno che non risultino in conflitto di interessi con l'attività svolta dal datore pubblico (comma 58).

Diversamente pongono alcuni problemi le previsioni dei commi 60 e, soprattutto, 61 della L. 662/96.

Il comma 60, infatti, ribadisce il divieto di "*svolgere qualsiasi attività subordinata o autonoma*"¹⁰¹ salvo che sia intervenuta l'autorizzazione

impiego "*per ragioni personali e familiari di conciliazione fra tempo di lavoro e tempo di vita, cioè per esigenze di vita temporanee, anziché per scelte professionali stabili*" (p. 501).

La situazione italiana è sostanzialmente in linea con quella europea, come risulta dai dati pubblicati dall'Istitut europeen d'administration publique in *Civil services in the Europe of Fifteen*, a.c. di BOSSAERT DEMMKE NOMDEN POLET, Maastricht, 2001. Tale lavoro evidenzia come percentualmente il part time sia a livello continentale molto più praticato da personale femminile che maschile, e che nel pubblico impiego esso risulta molto meno diffuso che nel privato. In Italia, nel complesso e con riferimento alla citata ricerca, la diffusione del part time presenta i medesimi tratti caratteristici e percentuali (per numeri e per generi) che si riscontrano nel resto degli Stati comunitari, pur risultando proporzionalmente molto meno diffuso che nel resto d'Europa (cfr. le tavole comparative a p. 156 e ss).

¹⁰⁰ Comma introdotto dal D.L. 79 del 1997

¹⁰¹ Felice sintesi espressiva quest'ultima rispetto alla locuzione "*non può esercitare il commercio, l'industria né alcuna professione*" utilizzata dall'art. 60 del Dpr 3/57.

dell'amministrazione qualora tale possibilità sia prevista dalla legge o da altra fonte normativa. Inoltre, si stabilisce che la relativa autorizzazione vada accolta entro 30 giorni dalla domanda, salvo venga respinta con motivato provvedimento di diniego. Anche l'art. 53 del D.Lgvo 165/01 prevede l'autorizzabilità di specifiche attività del personale, ma stabilisce (al comma 6) che, in caso di mancanza del provvedimento esplicito di autorizzazione entro 30 giorni, quest'ultima sia da considerarsi negata al dipendente se finalizzata a svolgere attività presso soggetti privati e accolta se finalizzata a svolgere attività presso soggetti pubblici diversi dal datore di lavoro.

Sembra pertanto porsi un problema di coordinamento tra norme, in quanto sotto i profili appena evidenziati (effetto del silenzio sulla domanda del dipendente e obbligo di motivare l'eventuale diniego di autorizzazione) esse appaiono differenziarsi.

3. Il problematico coordinamento dei commi 60 e 61 dell'art. 1 della L. 662/96 con il comma 6 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01.

In realtà la questione, di rilievo non eccessivo, è solo apparente in quanto la previsione del 1996 fa esplicito riferimento al solo personale con impiego inferiore al 50% (il comma 60 specifica “*al di fuori dei casi previsti dal comma 56*”), mentre il comma 6 dell'art. 53 del decreto del 2001 si riferisce esclusivamente alla possibilità di autorizzare il personale (tutto) all'assunzione di incarichi retribuiti (e non di attività autonome o professionali che restano comunque proibite).

In altre parole il personale part time sotto il 50% non incorre nei divieti di cui all'art. 53 comma 1 cioè quelli connessi ai divieti di cui all'art. 60 del Dpr 3/7, imposti invece a tutti i dipendenti, salvo che la legge o altra fonte ne preveda l'autorizzabilità. E' quindi alle autorizzazioni allo svolgimento di libere professioni qualora ammesso da norme speciali, ovvero allo svolgimento di incarichi quali periti o arbitri (art. 61) ovvero all'assunzione di cariche in società controllate dal datore di lavoro pubblico (art. 60) che fa riferimento il comma 60. In altre parole: al personale part time con rapporto di lavoro superiore al 50 % ovvero al personale full time, continuano ad applicarsi i divieti previsti dalla previsione del 1957. E' ragionevole ritenere che il sistema

dei divieti mantenga vigore anche nei confronti del personale a tempo parziale ridotto (inferiore al 50%) che abbia fatto tale scelta per motivi personali e non al fine di poter svolgere attività lavorative (e/o che comunque non abbia fatto la prescritta dichiarazione in tal senso).

Viceversa anche al personale part time si deve ritenere applicabile la disciplina relativa agli incarichi retribuiti ex art. 53 comma 6 e ss.; infatti in tal caso non ci si trova di fronte alla generale previsione di libero esercizio della dichiarata attività autonoma e professionale il cui presupposto è costituito (oltre che dall'opzione per l'orario ridotto) dal rispetto degli obblighi di informazione previsti in capo al dipendente. Una simile affermazione può apparire forzata, ma se così non fosse, verrebbe meno tutta la logica sottesa alla disciplina: salvaguardare cioè l'esigenza che il datore pubblico sia sempre al corrente delle attività svolte dal dipendente, anche fuori del rapporto di lavoro, al fine di controllarne la non lesività rispetto al proprio interesse.

Pertanto la procedura relativa all'autorizzazione di cui al comma 60 va riferita a tutto il personale in relazione allo svolgimento di attività che rientrano nel novero dell'incompatibilità assoluta. Diversamente la procedura e l'autorizzazione di cui al comma 6 dello stesso art. 53 si riferiscono esclusivamente agli incarichi retribuiti (cioè alle attività non professionali, ovvero non caratterizzate da continuità e remuneratività). Una ulteriore conferma della lettura in parola viene dal tenore letterale dell'espressione "*divieto di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro subordinato od autonomo*"¹⁰² che riprende l'espressione identica del comma 58 stesso articolo, indubbiamente da riferire alle attività vietate al personale a tempo normale e consentite a quello part time, che pertanto sono attività ben distinte dagli incarichi retribuiti.

Le due previsioni si riferiscono dunque a attività oggettivamente diverse e non risultano pertanto contraddittorie essendo applicabili a due differenti fattispecie.

E' più difficile il raccordo con il comma 61 e il fatto pone significativi problemi anche a causa del rilievo delle sanzioni previste nella norma.

¹⁰² Cfr comma 60 dell'art. 1 L. 662/94.

Esso prevede che la “violazione del divieto di cui al comma 60 e la mancanza di comunicazioni di cui al comma 58 nonché le comunicazioni risultate non veritiere (...) costituiscono giusta causa di recesso per i rapporti di lavoro disciplinati dai contratti collettivi nazionali di lavoro e costituiscono causa di decadenza dall’impiego per il restante personale”. La norma pone come unica eccezione al verificarsi dell’effetto risolutivo del rapporto il fatto che “le attività subordinate o autonome svolte fuori del rapporto di impiego non siano rese a titolo gratuito presso associazioni di volontariato o cooperative a scopo socio assistenziale senza scopo di lucro”¹⁰³.

4. La sentenza 967/06 della Sezione lavoro della Corte di Cassazione sulla successione di norme

Si è dunque posto il problema del rapporto esistente tra la previsione del comma 61 dell’art. 1 della L. 662/94 e la previsione dell’art. 53 comma 1 del D.Lgvo 165/01 che rinvia agli art. 60 ss del decreto del 1957, con conseguente vigenza anche dell’art. 63. Tale norma, come abbiamo già visto, prevede che la decadenza debba essere preceduta dalla diffida e che la relativa ottemperanza entro 15 giorni preclude qualsiasi conseguenza estintiva rispetto ai rapporti lavorativi.

E’ evidente la inconciliabilità dell’ipotesi di risoluzione del rapporto per giusta causa (ovvero di decadenza per il personale non privatizzato), rispetto a quella della decadenza preceduta da diffida.

Sulla questione è intervenuta la sentenza n. 967 del 2006 della Sezione lavoro della Corte di Cassazione. La decisione, sulla quale avremo modo di tornare¹⁰⁴, ha fornito alla questione una soluzione assai discutibile.

¹⁰³ La previsione risulta di particolare interesse, in quanto volta a riconoscere la possibilità di un esercizio continuativo ma gratuito di attività professionale a beneficio di associazioni di volontariato da parte di personale part time, superando pertanto la presunzione di onerosità dell’attività lavorativa. In sostanza, tuttavia, con riferimento alla materia che ci occupa, l’eccezione non è realmente tale perchè non fa che individuare un particolare caso di attività gratuita, cioè di attività che comunque è sempre lecita.

¹⁰⁴ La sentenza 967/06, pubblicata su *Foro italiano* del 2006, pone anche altri problemi che affronteremo successivamente, al capitolo III. Sul problema del raccordo tra le norme prima dell’intervento della corte PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 2004, pp. 375 s.

Il caso di specie riguardava la vicenda di un dipendente a tempo normale ¹⁰⁵ di una Provincia che aveva accettato di assumere la carica di consigliere di amministrazione in una società per azioni, in violazione del divieto di cui all'art. 60 Dpr 3/57. L'amministrazione datrice di lavoro lo aveva fatto segno di diffida, ma il dipendente non aveva ottemperato ed era stato quindi dichiarato decaduto (applicando l'art 63 del medesimo decreto del 1957). Il giudice di merito (sia in primo che in secondo grado) aveva annullato il recesso in quanto, dopo averlo qualificato come un licenziamento per giusta causa, aveva rilevato che avrebbero dovuto essere rispettate le procedure relative al licenziamento disciplinare in assenza delle quali il licenziamento era nullo ¹⁰⁶ e il dipendente doveva essere reintegrato.

L'amministrazione ricorrente aveva eccepito l'erronea applicazione al caso di specie della norma di cui al comma 61 art. 1 della L. 662/96, sostenendo che al caso specifico doveva essere applicata la disciplina della decadenza automatica trascorsi inutilmente 15 giorni dalla diffida, trattandosi di un caso di incompatibilità ex art. 60 del Dpr 3/57.

In accoglimento del ricorso la Cassazione ha osservato che la Corte territoriale nella sentenza impugnata avrebbe *“erroneamente ritenuto non applicabile ai lavoratori pubblici “contrattualizzati” l’istituto della decadenza per incompatibilità, come disciplinato dal DPR 10 gennaio 1957, n.3 artt. 60 e seguenti”* ¹⁰⁷. La sentenza argomenta sostenendo che la specificità dell'istituto della decadenza avrebbe indotto il legislatore delegante del 1992 a sottrarre la disciplina delle incompatibilità alla contrattazione, e che tale volontà sarebbe stata confermata dal diretto richiamo alla L.421/92 effettuato dalla nuova delega contenuta nella L. 59/97 che ne confermava il contenuto. Conseguentemente nella disciplina formulata dalle norme delegate, il

¹⁰⁵ La circostanza secondo la quale si trattava di rapporto full time si desume dal tenore letterale della sentenza medesima alla conclusione del punto n. 8.

¹⁰⁶ La poca chiarezza sull'effettiva qualificazione del licenziamento effettuata nelle fasi del giudizio di merito risulta dal tenore letterale della sentenza stessa. Infatti nel riferire del processo di primo grado la Corte afferma che il Giudice in quella sede aveva qualificato il recesso intimato dall'amministrazione come per giusta causa, ma poi la stessa Suprema Corte afferma che la Corte d'Appello aveva confermato la sentenza qualificando il licenziamento come disciplinare. Al di là delle possibili riflessioni e congetture sulla vicenda processuale, qui interessa notare la soluzione proposta dalla Cassazione in relazione al rapporto tra le norme delle quali ci stiamo occupando.

¹⁰⁷ Cass., sez. Lav., sent. n. 967/06 al n. 2

Legislatore ha recepito e confermato le previsioni del Testo Unico sul pubblico impiego del 1957 (prima con l'art. 58 del D.Lgvo 29/93 e le successive modifiche, poi con l'art. 53 del D.lgvo 165/01). Secondo la Corte *“la norma dettata dal richiamato art. 53 comma 1, sia pure con formulazione imperfetta, ha sancito una vera e propria estensione a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, (...) della disciplina delle incompatibilità dettata dal testo unico degli impiegati civili dello Stato agli art. 60 e seguenti”*¹⁰⁸, ha ribadito la vigenza di alcune disposizioni speciali e ha pienamente equiparato sotto la disciplina generale i rapporti di lavoro presso tutte le pubbliche amministrazioni sopprimendo le previgenti discipline differenziate (in particolare, con riferimento al caso di specie, equiparando la posizione dei dipendenti degli enti locali a quella generale dei pubblici dipendenti).

Dopo aver formulato ulteriori osservazioni sulle quali torneremo, in merito alla natura della decadenza in parola e in generale sul nuovo assetto del pubblico impiego, la sentenza n. 967/06 afferma l'erronea applicazione alla fattispecie *“della L. 23 dicembre 1996 n. 662 art. 1 commi 60 e 61, che devono ritenersi abrogati dagli interventi legislativi successivi che hanno regolato interamente la materia (art. 12 disp. prel. al codice civile)”* e conclude ritenendo *“assorbente l'enunciata contestazione che la materia è stata interamente regolata dalla L. 59 del 1997 e dai successivi decreti attuativi”*¹⁰⁹.

Con riferimento alla soluzione adottata dalla sentenza in commento, relativa al rapporto tra le due disposizioni in materia di sanzione in caso di incompatibilità, si può evidenziare che l'*iter* argomentativo appare un po' superficiale e in generale non condivisibile.

Il ragionamento appare poco convincente in base ad una considerazione piuttosto elementare: nel passaggio dall'art. 58 comma 1 del D.Lgvo 29/93 all'art. 53 comma 1 del D.Lgvo 165/01 il testo della norma non è mutato, mentre la previsione della L. 662/96, art. 1, comma 61 si colloca cronologicamente tra i due. Pertanto applicare alle disposizioni in parola il principio di una abrogazione tacita in base al criterio generale della successione delle norme nel tempo implicherebbe l'assurda conseguenza di ritenere

¹⁰⁸ Cass., sez. Lav., sent. n. 967/06 al n. 5

¹⁰⁹ Cass., sez. Lav., sent. n. 967/06 al n. 8

applicabile ai casi di violazione delle incompatibilità da parte dei pubblici dipendenti la decadenza ovvero il recesso per giusta causa alternativamente. In sostanza si applicherebbe l'art. 58 (decadenza) dal 1993 fino al gennaio del 1997, poi la previsione del comma 61 (recesso datoriale per giusta causa) dal 1997 fino al 1998 ¹¹⁰ e infine nuovamente l'art. 53 (decadenza) dal marzo del 2001 ad oggi.

La soluzione logicamente più convincente potrebbe essere quella di considerare la disciplina della L. 662/96 speciale e riferibile al solo personale a part time ridotto, rispetto a quella generale dell'art. 53. Una simile lettura risulterebbe abbastanza logica quanto alla conciliabilità delle due norme, che manterrebbero la relativa vigenza, e sarebbe anche, per così dire, (sociologicamente e) socialmente giustificata. Infatti la maggiore severità della sanzione prevista per il personale part time deriverebbe proprio dal fatto che si tratta di persone che oltre allo stipendio hanno una seconda fonte di reddito ordinaria, mentre la diffida imporrebbe (ma anche offrirebbe la possibilità) al dipendente di fare una scelta lavorativa.

Anche la collocazione del comma in parola nell'ambito della disciplina del part time ridotto, che è certamente norma speciale, potrebbe confermare la proposta lettura. Così come vi sono altre ragioni che spingerebbero a optare per una convivenza delle norme ritenendone una speciale rispetto all'altra (e applicabile al solo personale part time): il fatto che il comma 61 in parola sia stato formulato in presenza di una norma generale preesistente, che è stata successivamente confermata; la specificazione relativa ai doveri di informazione sull'attività autonoma o subordinata svolta contemporaneamente al rapporto di lavoro pubblico, che è riferibile esclusivamente al dipendente con rapporto di lavoro part time.

Tuttavia è innegabile che la sanzione prevista dal comma 61 richiama esplicitamente e contemporaneamente sia il divieto di cui all'art. 60 (cioè l'inderogabilità del divieto di svolgere attività autonoma o subordinata, salvo che al personale in regime di part time ridotto), sia la violazione degli obblighi di informazione di cui al comma 58 (dovute soltanto da chi intenda usufruire del part time ridotto per svolgere una seconda attività): conseguentemente la

¹¹⁰ Ciò in quanto il nuovo testo dell'articolo è stato confermato già nel 1998 dai D.Lgvi 80 e 387.

sanzione prevista colpisce tanto il personale full time (qualora svolga attività proibite) quanto quello part time che venga meno ai propri obblighi informativi.

Sul piano generale, manterrebbe una certa coerenza anche l'ipotesi di applicazione del solo comma 61, che sarebbe del tutto in grado di sopravvivere autonomamente. Infatti l'applicazione di tale norma implicherebbe che al personale contrattualizzato si dovrebbe applicare il solo recesso per giusta causa e a quello non contrattualizzato l'istituto (e ragionevolmente la procedura relativa) della decadenza. Tra l'altro una simile ipotesi spiegherebbe la previsione conclusiva del comma in parola, secondo la quale *“la procedura per l'accertamento della causa di recesso o di decadenza devono svolgersi nel contraddittorio tra le parti”*. La previsione infatti potrebbe apparire giustificata in quanto entrambe le forme estintive del rapporto sarebbero riconducibili all'iniziativa datoriale e risulterebbero entrambe pressochè “automatiche” a fronte del verificarsi di comportamenti tipizzati e verificabili; conseguentemente una simile previsione di contraddittorio (certamente sostanziale, ma priva dei requisiti procedurali di validità propri sia del procedimento disciplinare sia di quello amministrativo) sarebbe sufficiente a scongiurare l'eventualità che la risoluzione del rapporto si basasse su circostanze di fatto non corrispondenti al vero. In sostanza, poichè il mero comportamento del lavoratore importerebbe l'effetto risolutivo del rapporto ¹¹¹, il legislatore avrebbe ritenuto questa forma di contraddittorio non proceduralizzato sufficiente alla sola verifica fattuale del presupposto, determinando così, in base alla mera verifica del fatto, la legittimità della successiva estinzione del rapporto (nel caso sarebbe evidente il fine di evitare l'eventuale contenzioso e il rischio di soccombenza in caso di impugnazione giurisdizionale). Tuttavia, a fronte della richiamata coerenza della norma (che a mio avviso, ex art. 12 preleggi, avrebbe potuto implicare l'abrogazione della previsione contrastante del precedente art. 58 c. 1 del D.Lgvo 29/1993) non si può ignorare che il rinvio all'art. 63 del TU del 1957 inequivocabilmente ribadito dall'art. 53 impone, in caso di violazione dei divieti di incompatibilità assoluta, l'avvio della procedura che solo successivamente alla diffida può

¹¹¹ Sulla discrezionalità o meno delle sanzioni torneremo.

portare alla decadenza dall'impiego. Inoltre la previsione sembra doversi applicare indistintamente a tutto il personale (contrattualizzato o meno).

Si segnala per completezza che la applicazione di entrambe le previsioni appare quanto meno irragionevole. Infatti sostenere che solo successivamente alla diffida si dovrebbe giungere alla risoluzione per giusta causa nei confronti del personale contrattualizzato implicherebbe una sostanziale negazione dell'esistenza del presupposto che giustifica la giusta causa oltre che implicare una commistione del tutto illogica tra due istituti di natura radicalmente diversa (diffida pubblicistica e recesso privatistico) e determinare l'appesantimento, del tutto ingiustificato, di una procedura che verrebbe ad essere contraddittoria (e un po' assurda), in quanto non sarebbe chiaro cosa dovrebbe accadere qualora il dipendente privatizzato diffidato ponesse fine all'incompatibilità. Dal momento che essendosi comunque già verificato il presupposto integrativo della giusta causa non si vede come la sua rimozione potrebbe far venir meno le definitiva cesura del rapporto fiduciario.

Quasi a voler dare ragione della palese forzatura messa in atto, la sentenza ha sostenuto che si deve ritenere che il legislatore abbia esteso al personale contrattualizzato l'istituto pubblicistico della (diffida e) decadenza e si premura di specificare che esso si qualificerebbe nei confronti di tale categoria di personale come un atto privatistico (restando invece un atto amministrativo nei confronti del restante personale mantenuto in regime pubblico).

In definitiva dobbiamo concludere che da un lato non è possibile arrivare ad una conciliazione delle due previsioni normative e dall'altro non è neppure del tutto convincente ritenerne una abrogata dall'altra (quale che sia delle due), stante le modalità e la "tempistica" con cui sono state introdotte e confermate nell'ordinamento

Nel vigente quadro normativo è dunque vero che la previsione dell'art. 53 è successiva a quella del comma 61 e che esse non sono conciliabili sul piano testuale e che non è possibile superare tale ultimo ostacolo in base a considerazioni sistematiche, pertanto la soluzione adottata dalla Suprema Corte, sebbene non paia convincente, ha offerto una possibile soluzione ad una contraddizione che il legislatore dovrebbe superare e chiarire ¹¹².

¹¹² Si tratta di una soluzione che comunque, sul piano pratico, dovrebbe portare ad una "stabilizzazione" del quadro di riferimento ancorchè sia priva dell'autorevolezza propria delle

5. L'art. 53 del D.Lgvo 165/01 e le attività libere

Ritornando al disegno generale che in attuazione della delega ha effettuato l'art 53, occorre sottolineare come la nuova disciplina legale delle incompatibilità abbia previsto esplicitamente che il pubblico dipendente ha diritto di esercitare liberamente determinate attività. La previsione, se si eccettua il caso dell'assunzione di cariche nelle sole società cooperative, che si configurava già come un diritto ai sensi del T.U. del 1957, è una assoluta novità, in quanto riconosce al dipendente pubblico un diritto incondizionato. L'amministrazione infatti non ha la possibilità di impedire al dipendente lo svolgimento delle indicate attività e l'eventuale censura, da parte del datore di lavoro contro comportamenti scorretti del lavoratore in occasione dello svolgimento delle medesime, sarà sollevata esclusivamente nel caso si possano configurare illeciti disciplinari. Appare sinceramente superfluo sottolineare (come però si fa frequentemente) che lo svolgimento di tali attività deve concretizzarsi al di fuori dell'orario di servizio, e senza interferire con esso ¹¹³.

L'ambito nel quale si collocano tali attività è ben distinto da quello delle attività vietate, dovendosi necessariamente muovere nell'ambito delle attività occasionali, in senso generico, non riconducibili cioè all'ambito delle attività di lavoro autonomo o professionale in senso tecnico. Infatti l'art. 53, al comma 6,

pronunce a Sezioni Unite; probabilmente per questo essa è stata accolta pacificamente da TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA, 2007, che scrive: "La più recente giurisprudenza della Cassazione ha invece ritenuto abrogata il predetto art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 la previgente regolamentazione in materia di incompatibilità contenuta nei commi 60 e 61 dell'art. 1, l. 23 dicembre 1994 n. 662, facendo salva di tale normativa le sole previsioni afferenti le deroghe delle incompatibilità per il personale part time" p. 1102.

¹¹³ Simili precisazioni sia in PAOLUCCI, *Incompatibilità cumulo di impieghi ed incarichi*, in CARINCI e ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino 2004, p. 805 ss sia in TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA, 2007, pag. 1121. Appare abbastanza ricorrente (e sinceramente stupefacente) che anche simili studiosi si soffermino su tale specificazione, come se esistesse il bisogno di chiarire che il pubblico dipendente deve eseguire puntualmente e diligentemente la propria prestazione lavorativa, secondo le modalità previste dai contratti o dalle norme e che non deve dedicarsi ad altre attività nel suo tempo di lavoro. Evidentemente ogni volta che si prefigura un inadempimento contrattuale ci si trova di fronte a un comportamento disciplinarmente sanzionabile nel pubblico come nel privato: le incompatibilità costituiscono prerogativa del lavoro pubblico proprio perchè impongono dei divieti "al di fuori" del luogo/tempo di lavoro e che senza dubbio risultano estranee all'oggetto della prestazione contrattuale (che ovviamente, lo si ribadisce, è dovuta nel pubblico come nel privato).

provvede a definire gli “incarichi retribuiti”, cui si applica la successiva normativa relativa alle autorizzazioni, e da essi esclude alcune attività retribuite che appunto (sono sempre e comunque) libere.

Il legislatore delegato ha dunque inteso riconoscere al dipendente pubblico un vero e proprio diritto a svolgere liberamente le attività indicate dalla norma e ha provveduto a tipizzarle ¹¹⁴. Esse consistono in

- a) collaborazione a giornali, riviste enciclopedie e simili;
- b) utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;
- c) partecipazione a convegni e seminari;
- d) incarichi per i quali è corrisposto il solo rimborso delle spese documentate;
- e) incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in aspettativa, comando o fuori ruolo;
- f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita.
- f bis) Attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione ¹¹⁵.

A volte sia in dottrina e in giurisprudenza si parla di attività *de minimis*, quasi a sottolineare che la loro liceità deriverebbe dalla loro irrilevanza (in termini di impegno temporale e intellettuale del lavoratore, nonché in termini di ritorno economico) ¹¹⁶, ma a mio avviso tale lettura appare riduttiva sia della previsione in termini letterali sia della sua portata innovativa. Tuttavia, si tratta di attività rispetto alle quali è difficile trovare una ratio unitaria. Si è cercato di spiegare le scelte del legislatore sottolineando che le attività di cui alle lettere e) ed f) sono già prese in considerazione da altre previsioni normative, per cui l'inserimento nell'elenco servirebbe esclusivamente a evidenziare che i corrispondenti compensi non costituiscono incarico agli effetti dell'art. 53.

¹¹⁴ Diversamente TENORE, cit, pag. 1119, ritiene l'elenco solo “*tendenzialmente*” tassativo e lo giudica “*ben suscettibile di interpretazione estensiva*”.

¹¹⁵ Lettera aggiunta dall'art. 7 novies del DL 7/2005, convertito con L. 43/2005.

¹¹⁶ TENORE, cit, pag. 1118; Cons. di Stato IV, sent.5274 del 2004: “*l'art. 53 co. 6 e 7, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, sottopone a regime autorizzatorio le attività di maggior spessore economico e funzionale conferite a pubblici dipendenti, mentre ha totalmente liberalizzato, sottraendole a qualsiasi regime autorizzatorio, le attività c.d. de minimis*”.

Sarebbe dunque una sorta di riconoscimento di “compatibilità *ex lege*”, attribuita dal legislatore a simili incarichi.

Le previsioni di cui alle lettere a) e b) sono riconducibili al caso dello sfruttamento da parte dell'autore e dell'inventore delle proprie attività intellettuali. Si tratta di una eccezione di origine antica e sempre sostenuta, anche in sede giurisdizionale, in nome della salvaguardia delle libertà intellettuali. Una simile impostazione impone dunque di ritenere che lo sfruttamento economico di tale categoria di attività (di autore o inventore) siano sempre ammesse, indipendentemente dalle circostanze in cui sono maturate e dalla loro entità economica. E' infatti evidente che l'attività di collaborazione con giornali o riviste o opere enciclopediche può essere svolta secondo modalità anche molto elastiche, tale da non implicare – almeno direttamente- conseguenze sulla prestazione lavorativa, tuttavia essa può bene occupare le energie fisiche e mentali dell'autore così da compromettere, ad esempio, il suo recupero psicofisico e assorbire le energie mentali in maniera quasi esclusiva. Sfugge la giustificazione di una simile eccezione: infatti se simili fattispecie possono apparire giustificate dall'esigenza di contemperare il regime delle incompatibilità con la necessità di tutelare la libertà di espressione e ricerca ¹¹⁷, in realtà la norma non rende libera l'attività d'autore e/o di inventore, bensì il conseguente sfruttamento economico, determinando così una ingiustificata e incomprensibile differenziazione tra i proventi di simili attività rispetto ai proventi derivanti da altre attività. Se si pensa alle notti insonni di chi scrive (opere letterarie o scientifiche) non si vede quale differenza possa esserci, dal punto di vista del dispendio energetico fisico e mentale, rispetto all'attività remunerata di chi trascorre le serate presso un locale come cameriere ovvero organizza con qualche amico la gestione di una piccola attività imprenditoriale cui dedica le ore extralavorative.

La necessità di tutelare una libertà costituzionale, come quella della manifestazione del pensiero, non implica affatto che debba esserne ugualmente tutelato il relativo sfruttamento economico (anzi!). Inoltre la libertà di iniziativa economica e la conseguente possibilità di svolgere attività

¹¹⁷ In tal senso PAOLUCCI, *Incompatibilità cumulo di impieghi ed incarichi*, in CARINCI e ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino 2004, p. 805, che richiama gli articoli 21 e 33 della costituzione e la giurisprudenza di analogo tenore.

remunerate (nell'ambito delle norme vigenti) non pare di natura né di rango inferiore rispetto a quello di manifestazione del pensiero. Pertanto a fronte della impossibilità di svolgere attività remunerate per tutti, la tutela della libertà intellettuale dovrebbe limitarsi alla libertà di "creazione" intellettuale o artistica, ma non anche coinvolgere il profitto che ne possa derivare. Diversamente si crea un evidente e ingiustificato differente trattamento a fronte di posizioni ugualmente protette dalla previsione costituzionale. Proprio in relazione a tale considerazione si è sostenuto che la attività in parola non sia da ritenersi incondizionata e che non rientrino tra le attività libere quelle collaborazioni che *"per continuità impegno e magari inserimento nell'ambito organizzativo del terzo conferente integrino, ad esempio gli estremi della parasubordinazione"* ¹¹⁸, ma pare che tale osservazione non colga nel segno. Infatti il testo della norma pare piuttosto chiaro e univoco, mentre l'unico limite riscontrabile potrebbe forse essere quello della realizzazione di una attività che presenti, per le concrete modalità di svolgimento, i caratteri di una attività professionale autonoma, che possa essere riconducibile al relativo divieto assoluto.

Quest'ultima obiezione, secondo la quale il superamento del limite della professionalità farebbe venir meno il diritto allo svolgimento delle attività libere, potrebbe apparire sostenibile sul piano del testo normativo. Infatti le attività libere sono individuate al comma 6 per distinguerle dagli incarichi retribuiti; questi sono a loro volta definiti come attività che implicano un compenso. Orbene l'espressione compenso (di per sé non coincidente rispetto a reddito, guadagno, corrispettivo, stipendio ecc.) viene subito riutilizzato per specificare che non sono ricompresi tra questi compensi (cioè non sono incarichi retribuiti agli effetti dei successivi commi) quelli di cui alle successive lettere da a) a f-bis). Pertanto si potrebbe sostenere che le attività libere siano consentite soltanto nei limiti in cui le stesse non possono essere qualificate come lavoro professionale o autonomo (ex art. 53 comma 1).

Appare però evidente che una simile lettura trova la sua giustificazione letterale nel presupposto (insussistente sul piano linguistico-lessicale) che il concetto di compenso debba univocamente ritenersi riduttivo rispetto alle altre

¹¹⁸ PAOLUCCI, cit., p. 806, che pensa soprattutto alle collaborazioni coordinate e continuative frequenti nel mondo editoriale. Cfr., per la diversa impostazione, TENORE, cit., p. 1118-1121.

espressioni che verrebbero a indicare redditi prevalenti. Una simile lettura, con riferimento alle attività di cui alle lettere a) b) e c) (queste ultime con meno rilievo in pratica, ma non in teoria) verrebbe a porre due ordini di contraddizioni ulteriori. Della prima (relativa alla costituzione di interessi forti in capo al dipendente e del suo conseguente dispendio energetico extralavorativo) abbiamo in parte già parlato. La seconda è connessa al fatto che attività del tutto analoghe a quelle della produzione letteraria potrebbero essere quelle ad es. artistiche, in grado di originare una produzione di reddito. E' evidente l'incoerenza: essendo entrambe tali attività riconducibili all'espressione della personalità e della libertà di esercizio delle scienze e delle arti sarebbero una permessa e l'altra no. Inoltre, l'elenco di cui al comma 6 annovera attività che non sono retribuite, con l'evidente conseguenza che si deve ritenere infondata l'idea che l'elencazione delle attività di cui alle lettere dalla a) alla f.bis) siano da considerarsi esclusivamente come una specificazione della categoria generale "incarichi retribuiti".

Conclusivamente tale circostanza porta a ritenere che le attività in parola siano libere in assoluto (e non siano soltanto incarichi retribuiti liberi).

La lettera c) in parte risulta riconducibile alla fattispecie di cui alle precedenti a) e b) con la sola differenziazione che, almeno presuntivamente, simili attività non dovrebbero implicare guadagni troppo significativi. Una simile giustificazione pare tuttavia insostenibile: infatti in primo luogo non si capisce per quale motivo una intensa attività di partecipazione a convegni e seminari non potrebbe determinare ingenti introiti economici, in secondo luogo dovrebbe presumersi che nell'ordinamento esista un principio di relazione tra l'entità dei compensi percepiti da soggetti diversi dall'amministrazione datrice di lavoro e il sistema delle incompatibilità.

Sul piano pratico si è posto il problema di definire la distinzione tra convegni/seminari da un lato e docenze/partecipazione ad eventi divulgativi e/o dibattiti pubblici (di maggiore o minore respiro) dall'altro, in quanto solo per questi ultimi è necessario chiedere ed ottenere l'autorizzazione. Una simile discussione, a conferma di una sostanziale approssimazione della norma, testimonia come la disponibilità degli interpreti a ritenere più o meno espandibili e più o meno assolute le libertà indicate dal comma 6 sia condizionata dalla concezione che loro stessi hanno dell'istituto delle

incompatibilità: se la vedono come una deroga a un principio generale dell'ordinamento tendono a limitarne gli effetti; al contrario, se ritengono che l'istituto non sia così rigidamente necessitato, propendono per una lettura espansiva delle disposizioni.

La lettera d) appare del tutto superflua e priva di significato: infatti non si vede come si possano qualificare come retribuiti gli incarichi per i quali non si percepisce alcun compenso. Il legislatore, chiarendo che sono rimborsi soltanto quelli effettivamente documentati, vuole evitare che scelte nominalistiche degli interessati possano escludere dalla necessità di autorizzazione attività cui sia collegato (come frequentemente accade a copertura di un effettivo compenso) un rimborso spese forfettario.

Pertanto la previsione risulta pleonastica in quanto, in assenza di effettivo compenso (non essendo tale il ristoro delle spese sostenute) il lavoratore ha svolto un'attività a titolo gratuito, che, nella prospettiva della disciplina prevista dal medesimo comma 6 è del tutto ammessa.

Le lettere e) ed f) si riferiscono a attività di dipendenti che, in fatto e provvisoriamente, non svolgono attività lavorativa. E' stato affermato che tali ipotesi sono state inserite nella elencazione in parola solo a scopo ricognitivo, in quanto si riferiscono a ipotesi già disciplinate da apposite norme e qui richiamate esclusivamente al fine di chiarire che esse non sono riconducibili alla nozione di incarico di cui all'art. 53 ¹¹⁹. Diversamente si potrebbe anche ritenere che le previsioni tendano a fissare il principio secondo cui, in assenza di prestazione lavorativa a favore della amministrazione datrice di lavoro, viene meno il vincolo di rispettare le regole sull'attribuzione degli incarichi. Infatti, la lettera e) lega le attività consentite alla assenza in concreto della prestazione lavorativa. E' evidente che il lavoratore, qualora si trovi in aspettativa comando o addirittura fuori ruolo, non percepisce stipendio a carico dall'ente dal quale dipende nè lavora per lui ¹²⁰.

Anche la lettera f), ha sapore pleonastico, in quanto specifica che la disposizione si applica anche agli incarichi attribuiti dai sindacati al personale

¹¹⁹ PAOLUCCI, cit., p. 805

¹²⁰ E' pur vero che per costante dottrina e giurisprudenza la posizione di aspettativa del pubblico dipendente pur implicando la sospensione della prestazione non implica la sospensione del rapporto (nè conseguentemente viene meno lo status di dipendente pubblico).

presso di loro distaccato ovvero in aspettativa non retribuita. Esulando dalla presente trattazione qualsiasi riflessione relativa all'impiego dei dipendenti pubblici nel sindacato, mi limito ad osservare che si tratta di fattispecie in gran parte sovrapponibile a quella prevista dalla precedente lettera e).

Infine la lettera f-bis) prevede che non debbano essere autorizzati dall'amministrazione di appartenenza gli incarichi retribuiti che consistano nello svolgimento di attività di formazione rivolte ai dipendenti della pubblica amministrazione. La genericità dell'espressione sembra implicare che si tratta di formazione a beneficio di dipendenti di qualsiasi amministrazione. E' stato osservato in proposito che si devono ritenere rientranti nella previsione tutte le possibili tipologie di manifestazione (seminari, convegni, corsi anche telematici, *masters*) dirette a dipendenti pubblici, anche qualora si tratti di formazione rivolta a gruppi prevalentemente (anche se non esclusivamente) composti da pubblici dipendenti (di una o diverse amministrazioni) ¹²¹. Non si capisce la ragione di una simile disposizione: infatti certamente si tratta di servizi forniti a vantaggio della Pubblica amministrazione (anche se il rapporto del formatore potrebbe in verità instaurarsi con privati che forniscono un servizio a personale pubblico), ma non si capisce in cosa l'attività di formazione di personale pubblico differisca da qualsiasi altra forma di attività formativa extraistituzionale remunerata, resa dal dipendente pubblico a vantaggio di soggetti operanti nel mercato della formazione.

Concludendo, alla luce delle esposte considerazioni e delle incoerenze evidenziate, non si ritiene possibile individuare un criterio unitario che giustifichi il fatto che gli incarichi individuati dal comma 6 non necessitino di alcuna autorizzazione. Anzi, mi pare di poter suggerire che proprio la eterogeneità delle tipologie individuate dalla norma neghi fondamento a non poche delle ipotesi che abitualmente si utilizzano per giustificare e sorreggere l'istituto delle incompatibilità ¹²².

¹²¹ Cfr. TENORE, cit., p. 1120

¹²² Abbiamo già segnalato che la più frequente è quella legata alla definizione di tali attività come *de minimis*, identificandone il tratto distintivo con la sostanziale scarsa rilevanza delle stesse. Tale ipotesi non soddisfa nè sul piano teorico nè sul piano pratico: infatti dal primo punto di vista nella definizione teorica della disciplina pare assurdo basarsi su un criterio sostanzialmente empirico che per altro, e qui interviene il secondo punto di vista, può in concreto importare anche un'attività e una remunerazione significative.

6. L'art. 53 del D.Lgvo 165/01 e gli incarichi retribuiti.

Il testo dell'art. 53 ha dunque, innanzi tutto, fatto propri gli elementi del tradizionale sistema normativo (pubblicistico) recante divieti assoluti parzialmente derogabili. Ha poi individuato un ambito di attività che, seppure con qualche incertezza rispetto alla loro portata, possiamo ritenere risultino del tutto liberalizzate.

Il legislatore ha quindi preso in considerazione gli incarichi retribuiti, cioè quelle attività che il pubblico dipendente potrebbe svolgere dietro compenso a beneficio di un soggetto diverso dal proprio datore di lavoro ovvero quelle attività che lo stesso datore, al di fuori delle mansioni dedotte in contratto e dietro compenso ulteriore rispetto a quello ordinario, può decidere di assegnargli ¹²³.

Con riferimento a tale categoria di attività il legislatore non ha provveduto a determinare una specifica e puntuale disciplina, ma ha costruito un sistema in base al quale lo stesso datore pubblico provvede a autorizzare o meno l'assunzione/conferimento degli incarichi. Tale sistema delle autorizzazioni appare a prima vista una sorta di "espansione" del meccanismo previgente ¹²⁴, ma presenta in realtà una enorme portata innovativa.

Infatti, come meglio vedremo nel prossimo paragrafo, essa non risponde ad una logica di tipo amministrativo nè, stanti i suoi legami con il rapporto (contrattuale) di lavoro, può ritenersi sottratto alla privatizzazione. Tuttavia esso conferisce al datore pubblico un controllo assai pregnante sulla vita e sul tempo extralavorativo dei propri dipendenti ed è evidente che un simile potere (di autorizzare o meno il lavoratore a utilizzare in modo remunerativo il

¹²³ L'espressione "incarichi extraistituzionali" non appare felice. Essa infatti sembra perpetuare quella confusione formulata dalla norma, secondo la quale si giunge ad una sorta di sovrapposizione di incarichi conferiti da una P.A. al proprio dipendente al di fuori dell'oggetto dedotto nel contratto di lavoro, ovvero di incarichi, che pur inerenti le medesime competenze dedotte in contratto, sono ulteriori rispetto a quelle abituali in quanto svolti a favore di un soggetto pubblico differente dal proprio datore (se fossero svolte per il proprio datore sarebbe assai difficile distinguere rispetto allo "straordinario"), ovvero di un incarico che, indipendentemente da quale natura possa avere, viene retribuito da un soggetto esterno alla pubblica amministrazione.

¹²⁴ Già il sistema disegnato dal Dpr 3/57 prevedeva attività autorizzabili.

proprio tempo, libero dalla prestazione di lavoro dedotta in contratto) è sconosciuto all'imprenditore privato.

Vedremo in seguito come il legislatore abbia cercato (ancorchè in modo non molto chiaro) di specificare e delimitare tale potere datoriale (della amministrazione pubblica), ma è evidente che esso si qualifica come un potere che, pur essendo attribuito a un soggetto pubblico, non appare necessariamente un potere pubblicistico. Anzi, anticipando quanto meglio esposto nel prossimo paragrafo, possiamo affermare che si tratta di un potere di natura privatistica.

Prima di addentrarci nella discussione relativa alle autorizzazioni in parola (necessaria a sorreggere quanto appena affermato) possiamo sinteticamente affermare che il legislatore delegato ha ritenuto di soddisfare la delega confermando, da un lato, la vigenza delle previsioni legislative relative alle incompatibilità assolute e, dall'altro, al di fuori di tale ambito, demandando al singolo datore pubblico il potere di individuare quali attività possono ritenersi lecite e quali no.

Il legislatore delegato, operando una simile scelta, ha dunque sottratto alla legge la definizione delle attività incompatibili e ha attribuito il relativo potere a quel medesimo datore di lavoro che, con riferimento alla gestione dei rapporti, deve agire esercitando lo stesso potere privatistico del comune datore di lavoro.

A fronte di una simile conclusione si pongono due ulteriori questioni.

In primo luogo occorre chiedersi se una simile scelta del legislatore possa ritenersi costituzionalmente legittima a fronte della indicazione della delega di conservare alla legge *“la disciplina delle incompatibilità tra impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici”*¹²⁵. Infatti l'art. 53 da un lato conserva alla legge, attraverso il rinvio al Dpr 3/57 e ad altre norme speciali, la definizione delle incompatibilità assolute e delle relative eccezioni, dall'altro però attribuisce al datore di lavoro il potere di indicare singole e specifiche fattispecie di incompatibilità al di fuori del confine del vietato *ex lege*. Con riferimento a tale contesto, il legislatore delegato, pur confermando alcune indicazioni generali in merito ai limiti di tale

¹²⁵ L. 421/92 art. 2, comma 1 lettera c) n. 7

potere ¹²⁶, attribuisce alle determinazioni del singolo datore, ma non alla previsione normativa, la definizione del lecito e mantiene a quest'ultima soltanto la definizione degli aspetti procedurali e sanzionatori conseguenti.

Si può ritenere che la scelta del legislatore delegato sia legittima e non consenta la formulazione di censure relative alla mancata o eccessiva attuazione della delega. Infatti la definizione per legge delle incompatibilità assolute è di per sé sufficiente a integrare il precetto di cui all'art. 2 della L. 421/92.

Veniamo al secondo rilievo. Risulta piuttosto evidente che il fatto di avere sottratto alla regolazione legislativa la materia delle autorizzazioni relative agli incarichi retribuiti e di aver ricondotto la specificazione dei divieti ad un inedito potere del soggetto datoriale pubblico, pone il problema della sua eventuale disponibilità, in quanto egli agisce con i poteri del datore comune.

E' cioè opportuno chiedersi se, nonostante la legge delega abbia voluto inequivocabilmente sottrarre alla contrattazione la disciplina della materia in parola, in seguito alla scelta effettuata dal legislatore delegato di affidare la individuazione degli incarichi retribuiti leciti al datore di lavoro, sia possibile per quest'ultimo (che non è certamente obbligato in tal senso) definire contrattualmente la materia o, quantomeno, farne oggetto di confronto in sede sindacale ¹²⁷. Infatti da un lato –stante la disponibilità del potere dell'imprenditore privato- parrebbe lecito che anche il datore pubblico potesse decidere in tal senso, vincolandosi poi, ovviamente, nei termini eventualmente fatti oggetto di accordo sindacale. Dall'altro, tuttavia, una simile soluzione parrebbe allontanare un po' troppo gli esiti concreti e finali dello spirito e delle evidenti intenzioni del delegante che ha voluto inequivocabilmente sottrarre la materia alla contrattazione e che ha inteso conferire una certa unità alla disciplina delle incompatibilità in tutto il campo del pubblico impiego.

¹²⁶ Sui limiti posti dalla legge al controllo del datore pubblico sui propri dipendenti torneremo.

¹²⁷ In pratica mi consta l'esperienza relativa alla stipulazione tra le OO.SS. e il Comune di Modena, del verbale di accordo 13/2000 siglato a Modena il 21 luglio 2000, relativo alla disciplina delle incompatibilità per il personale dirigente, che porta in allegato il regolamento sulla incompatibilità e criteri per le autorizzazioni allo svolgimento degli incarichi extraistituzionali del personale con qualifica dirigenziale (provvedimento della giunta di Modena n. 782 approvato il 25/7/2000).

Pare opportuno a questo punto segnalare che la tematica in parola si interseca in maniera significativa con un altro e differente problema, quello costituito dalla disciplina che regola l'assegnazione di incarichi di lavoro autonomo a soggetti ad esse estranei da parte delle pubbliche amministrazioni.

La delicata tematica viene affrontata dall'art. 7, comma 6 del medesimo D.Lgvo 165/01¹²⁸, che è stato oggetto di numerose riscritture e che, attualmente, definisce in maniera piuttosto rigorosa sia i presupposti oggettivi in presenza dei quali le amministrazioni possono attribuire a personale esterno incarichi lavorativi sia i requisiti soggettivi che debbono avere gli "esterni", per poter essere destinatari di tali incarichi¹²⁹. E' evidente che la disciplina di cui all'art. 7 richiamato risponde a necessità sia di contenimento sia di razionalizzazione della spesa pubblica, cui si affianca la volontà di garantire, attraverso una serie di rilevanti obblighi di pubblicità in merito agli incarichi attribuiti e alle somme per ciò impiegate, un buon livello di trasparenza dell'azione amministrativa¹³⁰.

Come accennavamo la disciplina in parola si potrebbe sovrapporre a quella delle incompatibilità di cui all'art. 53, nella misura in cui gli incarichi di cui

¹²⁸ Sull'art. 7 si vedano PAOLUCCI *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale (art. 7)* in CARINCI D'ANTONA *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000, ancora riferito al testo dell'art. 7 commi 6, 6 bis e 6 ter introdotto dall'art. 32 D.L. 223/06 così come modificato dalla legge di conversione L. 248/06 D'APONTE, *sub art. 7 e 7 bis*, in *Diritto del lavoro III, Il lavoro pubblico*, Milano 2007 pp. 129-145. In particolare sul regime degli incarichi esterni si vedano le pagg. 142-145.

¹²⁹ Tra i requisiti oggettivi necessari perchè le amministrazioni possano attribuire incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa, la norma richiede, tra l'altro, che l'Ente sia nell'impossibilità (puntualmente verificata) di utilizzare personale in servizio pur operando nell'ambito delle proprie competenze istituzionali. E' inoltre necessario che l'oggetto degli incarichi sia puntualmente definito in termini di coerenza con le esigenze dell'amministrazione, che risulti temporanea e altamente qualificata e che ne siano previamente individuate sia la tempistica sia il compenso. Il fatto che simili contratti di collaborazione o di lavoro autonomo richiedano particolari requisiti di professionalità (ad es. per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo o dei mestieri artigianali, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore) implica comunque che si tratti di soggetti che non possono essere dipendenti pubblici a causa delle incompatibilità assolute. Con riferimento alla tematica e alla evoluzione del testo dell'art. 7 del D.Lgvo 165/01 si rinvia a RICCI, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2008, pag. 249-275.

¹³⁰ Il comma 6 bis del medesimo articolo 7 impone alle amministrazioni l'obbligo di disciplinare e rendere pubbliche, secondo i propri ordinamenti, le procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione; in proposito RICCI, cit., specificamente alle p. 260 e ss.

all'art. 7 comma 6, vengano attribuiti a soggetti che siano dipendenti di amministrazione pubblica diversa rispetto a quella di appartenenza.

III La natura degli atti e del procedimento autorizzatorio (amministrativi o privatistici)

Con riferimento alla disciplina delle incompatibilità di cui al D.Lgvo 165/01 abbiamo evidenziato come l'elemento centrale individuato dal legislatore delegato sia, in sostanza, costituito dalla espansione dell'area delle attività retribuite legittime, che tuttavia risultano tali non in base a previsioni legislative ma soltanto qualora siano autorizzate dalla amministrazione datrice di lavoro. E' opportuno soffermarsi su tale aspetto.

In realtà occorre notare che il termine autorizzazione ricorre in diverse occasioni. L'art. 53, comma 2 specifica che, salvo i casi previsti o disciplinati da legge o altra fonte normativa, ovvero i casi autorizzati ¹³¹, sono vietati in generale alle pubbliche amministrazioni i conferimenti di incarichi a dipendenti pubblici. Il comma non fa alcun riferimento ad ulteriori attività rispetto a quelle "non comprese nei compiti e doveri di ufficio" (e, coerentemente, pone l'obbligo in capo alle sole pubbliche amministrazioni).

I successivi commi 3 e 4, prevedono che, con riferimento ai magistrati (di tutte le giurisdizioni) e agli avvocati e procuratori dello Stato, debbano essere emanati dal Governo specifici regolamenti, in difetto dei quali sarà possibile attribuire incarichi a tali categorie professionali soltanto in presenza di legge o altra fonte normativa, e fissano i termini per la relativa emanazione.

I commi 3 e 4 si riferiscono evidentemente alle sole categorie in essi richiamate, che risultano comunque escluse dalla privatizzazione. In tale prospettiva, è possibile ignorare il fatto che la previsione del comma 4 sembra operare una distinzione rispetto a quella del precedente comma 2, in quanto nel comma 2 l'uso della congiunzione disgiuntiva pare implicare che l'autorizzazione venga in considerazione qualora manchi una previsione

¹³¹ E' evidente che tale autorizzazione deve riferirsi a quella concessa da un soggetto pubblico diverso da quello conferente, stante l'assurdità dell'ipotesi che si tratti di una "auto-autorizzazione".

generale di rango normativo, mentre il comma 4 esclude la possibilità di attribuire incarichi al di fuori della previsione di legge o di altra fonte normativa, in assenza degli appositi regolamenti.

Il successivo comma 5 afferma che tanto il conferimento diretto di un incarico da parte dell'amministrazione datrice di lavoro quanto l'autorizzazione concessa al dipendente per lo svolgimento di incarichi presso soggetti terzi (non rileva che si tratti di altra pubblica amministrazione o di soggetto privato) debbono essere disposte dai rispettivi organi competenti in base a criteri *“oggettivi e predeterminati”*, che debbono tenere conto *“della specifica professionalità”* (si presume del dipendente) e debbono essere tali da *“escludere casi di incompatibilità sia di diritto che di fatto”*, *“nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione”*.

Successivamente il comma 7 afferma che i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati *“conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza”* e non è immediatamente evidente perchè dopo il chiaro divieto per le amministrazioni di conferire e/o autorizzare incarichi se non nell'ambito di una previsione generale (i criteri oggettivi e predeterminati, individuati dagli organi dell'ente datore: di cui al comma 5) non si faccia più riferimento ad alcuna predeterminazione, con riferimento agli incarichi retribuiti definiti al comma 6.

La lettura organica e coordinata delle richiamate previsioni non è del tutto lineare, in quanto non risulta immediatamente chiaro il rapporto tra i presupposti della concessione dell'autorizzazione individuati dal comma 2 (cioè previsione normativa o autorizzazione). E' possibile ipotizzare che tra le attività autorizzabili esista una sorta di sottodistinzione: si tratterebbe di ipotizzare casi di attività possibili che eccedano i limiti dell'incarico retribuito di cui al comma 6, ma che non si connotino come esercizio di attività industriale, commerciale o professionale, nonchè lavoro subordinato, vietate in via assoluta (fatte salve le eccezioni richiamate dal comma 1 del D.lgvo che ci occupa) dal rinvio all'art. 60 ss. del Dpr. 3/57. Appare tuttavia assai difficile individuare una simile area intermedia in quanto l'assenza dei requisiti di professionalità continuità e remuneratività che definiscono le attività incompatibili in senso assoluto, implica che le relative prestazioni ricadano nell'ambito degli incarichi retribuiti, quelli cioè *“anche occasionali non*

compresi nei compiti e doveri d'ufficio". Il testo della norma esclude pertanto la possibilità di individuare una terza categoria di attività autorizzabili (quali ad esempio potrebbero essere lavori a progetto o collaborazioni continuate o prestazioni saltuarie di lavoro autonomo), diverse dagli incarichi retribuiti, definiti al comma 6 in quanto quest'ultimo, utilizzando la locuzione "anche occasionali" copre tutta la gamma delle attività possibili.

Necessariamente si deve concludere che l'autorizzazione di cui al comma 7 coincide con quella di cui al comma 5, mentre non si tratta del medesimo provvedimento di cui ai commi 3 e 4.

Tra l'altro, anche il fatto che il destinatario del divieto formulato al comma 2 sia esplicitamente individuato rende la lettura complessiva un po' faticosa, in quanto le previsioni successive (i commi 5 e quelli dal 7 in poi) presentano una portata generale e non riguardano soltanto relazioni interne alle pubbliche amministrazioni, ma fanno riferimento anche ai loro rapporti con l'esterno e, sul piano della formulazione, non individuano specifici destinatari.

Una ipotesi di lettura che risulti coerente, impone di ritenere che il comma 2 costituisca una previsione riassuntiva dei casi definiti nei commi successivi, che disciplinano due differenti situazioni, la prima relativa al solo personale non privatizzato specificato nei commi 3 e 4 (Magistrati e avvocati dello Stato), e la seconda relativa a tutte le altre categorie di dipendenti (privatizzati e no) di cui si occupano i commi 5 e 7: in tale ottica quindi, l'art. 53 considera due differenti categorie di autorizzazioni.

L'autorizzazione di cui ai commi 3 e 4 trova il proprio necessario presupposto nei regolamenti previsti dallo stesso comma 3, mentre quella di cui ai commi 5 e 7 lo trova nella predeterminazione dei criteri richiesta dallo stesso comma 5.

La norma quindi costruisce uno schema per cui entrambe le autorizzazioni in essa richiamate hanno la caratteristica di risultare concretamente e direttamente incidenti sul rapporto di lavoro (e in definitiva sulla libertà personale del dipendente) e al tempo stesso risultano essere provvedimenti di secondo livello in quanto presuppongono un provvedimento che, cronologicamente e logicamente, è stato emanato prima di loro.

Eliminiamo dalla nostra prospettiva di analisi gli atti di cui ai commi 3 e 4: essi infatti un po' per la loro natura (regolamenti emanati ex art. L. 400/89) un po'

per la specificità del personale cui si riferiscono, sono entrambi qualificabili come atti amministrativi di gestione del rapporto di impiego.

1. La composita natura dell'autorizzazione nel sistema riformato degli "incarichi retribuiti".

Più problematico risulta inquadrare l'autorizzazione di cui ai commi 5 e 7, che si riferiscono a tutto il restante personale (contrattualizzato e no). Si pone infatti il problema di qualificare come atto privatistico o pubblicistico tanto la predeterminazione dei criteri previsti dalla legge, quanto i successivi singoli provvedimenti autorizzativi.

Nel nostro ordinamento, sia l'ormai centenaria tradizione pubblicistica in materia di amministrazione pubblica, sia la previsione costituzionale che riserva alla legge l'organizzazione dei pubblici uffici, sembrava rendere difficile una riorganizzazione del sistema che, attribuendo ai soggetti pubblici poteri comparabili a quelli del mondo dell'impresa e del lavoro comuni, potesse imprimere al sistema amministrativo un impulso che ne promuovesse efficienza e funzionalità. Nel corso del percorso innovatore a ciò finalizzato, in occasione della prima fase della riforma, realizzata dai decreti attuativi del 1993¹³², l'ordinamento aveva riservato alla fonte di provenienza legislativa o

¹³² Per la disamina diacronica dell'evoluzione della riforma e delle sue fasi cfr. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004, p. 96 ss, e BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, ibidem, pag. 71-95. Anche per un aggiornato riferimento alla bibliografia FIORILLO, *Commento all'art. 2 e all'art. 5* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, in *Il Diritto del Lavoro*, vol. III, Milano, 2007.

In vero è enorme la bibliografia sulla privatizzazione e la sua evoluzione ormai ultradecennale, con riferimento alla quale si segnalano AA.VV., *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004; AA.VV., *Le fonti del diritto italiano*, III, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2004 a c. AMOROSO, DI CERBO, MARESCA; D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in LPA, 1998, p. 35 ss; CARUSO, *La storia interna della riforma del p.i.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in LPA, 2002, p. 973 ss; CARINCI, *Costituzionalizzazione e autocorrezione di una riforma, (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)* in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, p. 35 ss. In particolare sul decreto legislativo 29 del 1993 si veda AA.VV., *la riforma del rapporto di lavoro pubblico*, fascicolo tematico n. 3-4 del 1993 del *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*. Sul decreto legislativo 165/01 cfr. AA.VV., *Il testo unico del pubblico impiego*, Fascicolo speciale di LPA del 2001.

In generale anche CASSESE-BATTINI, *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997 e VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002.

unilaterale pubblica la determinazione degli aspetti organizzativi degli uffici, attribuendo alle pubbliche amministrazioni la possibilità di gestire, con i poteri del privato datore di lavoro, i soli rapporti di lavoro con i propri dipendenti.

Tuttavia la seconda fase della riforma, determinata dal rinnovo della delega effettuato dalla L. 59/97 e realizzata dai decreti del 1998 poi confluiti nel T.U. del 2001, ha invece individuato una linea molto più sottile tra l'ambito nel quale le amministrazioni possono utilizzare le proprie prerogative pubblicistiche e quello in cui debbono invece utilizzare quelle del diritto comune.

Abbiamo già ricordato che, stante la sostanziale polisemia sul piano del significato del termine organizzazione determinato dalla sostanziale contiguità concettuale tra la nozione di organizzazione e le conseguenti scelte operative e gestionali che essa comporta, l'attuale assetto normativo ha distinto tra i c.d. atti di macro-organizzazione riservati alla fonte pubblicistica e quelli di micro-organizzazione, collegati ai poteri che il soggetto pubblico esercita con le medesime prerogative del privato datore di lavoro¹³³.

¹³³ D'ORTA, cit., pagg. 105-109 riconduce alla sfera pubblicistica: l'articolazione strutturale dell'amministrazione in uffici (individuando quelli generali e quelli di livello inferiore, nonché particolari tipologie di uffici); il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali; la graduazione dei livelli dirigenziali (al fine di definire la retribuzione accessoria); la definizione dei criteri generali di organizzazione degli uffici, e dei raccordi tra organizzazione, fabbisogni e organici; la definizione dei criteri generali di organizzazione delle funzioni, delle risorse finanziarie e tecnologiche e delle risorse umane (ad es. orari di servizio e apertura uffici); la determinazione dell'organico complessivo (distribuito per categoria livello e qualifica); la distribuzione delle risorse, umane, materiali finanziarie, tecnologiche, tra i vari uffici dirigenziali; la definizione delle procedure selettive di avviamento al lavoro finalizzate al reclutamento. Diversamente risultano affidati alla gestione dei soggetti pubblici con i poteri dei privati datori di lavoro: l'organizzazione interna degli uffici dirigenziali non generali e la loro individuazione; l'attribuzione degli incarichi di direzione/coordinamento degli uffici non dirigenziali; la distribuzione, tra gli uffici in cui si articola un ufficio dirigenziale generale, delle risorse a quest'ultimo assegnate; l'attività di direzione coordinamento e controllo di tutte le risorse strumentali (organizzazione del lavoro e gestione del personale: carichi di lavoro, produttività, articolazione orari; inoltre gestione delle risorse materiali strumentali al funzionamento); la mobilità collettiva; tutta la gestione dei rapporti individuali di lavoro (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni estinzione del rapporto). Parla di "alta" e "bassa" organizzazione FIORILLO *sub art. 5*, in *Il diritto del lavoro*, III, *il lavoro pubblico*, Milano 2007, p. 97-109, secondo il quale il legislatore stabilendo uno stretto legame dell'art. 5 con l'art. 2 fa emergere *"due distinti regimi giuridici all'interno dell'attività organizzativa delle pubbliche amministrazioni ed in particolare quanto alle determinazioni essenziali o sovrastrutturali sull'organizzazione degli uffici, il regime proprio delle fonti pubblicistiche, e, nell'ambito dei principi da queste fissati, quanto alle determinazioni operative e gestionali, quello che regola gli atti posti in essere dal privato datore di lavoro. Appare così piuttosto chiara la linea guida a cui si ispira il legislatore: l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni resta sottoposto al diritto pubblico limitatamente alle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, alla individuazione e ai modi di conferimento degli uffici di maggiore rilevanza, alle dotazioni organiche; per tutto il resto le amministrazioni, anche*

Di fronte ad un simile quadro, occorre avere ben presente che in entrambi i casi le pubbliche amministrazioni pongono in atto determinazioni unilaterali, ancorchè di differente natura. Infatti, con riferimento alla sfera organizzativa e gestionale della propria attività, il datore pubblico dispone di un potere –che lo stessa legge qualifica come privatistico- del tutto analoga a quello di cui dispone il privato imprenditore.

Nè il fatto che tale potere abbia natura privatistica impone al datore pubblico l'obbligo di ricorrere a procedure contrattuali o in genere concordate per effettuare specifiche scelte organizzativo/gestionali, anche se si tratta di scelte che inevitabilmente interferiscono e si ripercuotono sulla gestione del personale e sullo svolgimento dei singoli rapporti di lavoro.

Esattamente come nel privato la sfera organizzativa rientra nella facoltà propria e insindacabile del potere datoriale.

Si tratta dunque di determinazioni unilaterali, che, pertanto, per quanto riguarda la legittimità delle scelte e delle conseguenze sulla gestione dei singoli rapporti di lavoro, risultano condizionate dai canoni di buona fede e correttezza contrattuali differendo radicalmente dagli atti pubblicistici, i cui parametri di validità rimangono connessi ai canoni di legittimità che conoscono i soli vizi di incompetenza, violazione di legge e eccesso di potere.

In sostanza *“in linea di massima e salvo specifiche indicazioni contrarie dell'ordinamento generale e degli ordinamenti delle singole amministrazioni, l'organizzazione “bassa” comprende tutte le decisioni di organizzazione e di gestione dell'apparato che competono ai dirigenti preposti agli uffici di livello dirigenziale generale e ai dirigenti subordinati”*¹³⁴.

Con riferimento alle autorizzazioni di cui ci stiamo occupando (commi 5 e 7 dell'art. 53 del D.lgvo 165/01), occorre chiedersi se vadano collocate nell'ambito dell'esercizio di poteri pubblicistici o privatistici, ferme restando la loro unilateralità, quanto a provenienza, e la loro incidenza sui rapporti di lavoro, quanto ad effetti.

relativamente all'organico degli uffici, agiscono con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (p. 99). Di macro e micro organizzazione parla anche Panassidi, Commento all'art. 5 in AA.VV. L'impiego pubblico commento al d.lgvo 165 del 2001, Milano 2003, pp. 172-180.

¹³⁴ D'ORTA, cit., pag. 108.

La soluzione della questione non è piana. Come abbiamo già segnalato, la riserva di legge a proposito delle incompatibilità non costituisce una spia della riconducibilità del potere datoriale di conferire o meno l'autorizzazione all'esercizio di un potere pubblicistico. Nè il fatto che tale potere datoriale sia esplicitamente ricondotto alla esigenza di tutelare il buon andamento dell'amministrazione, che è certamente interesse pubblico al massimo livello, implica necessariamente che esso debba essere perseguito utilizzando strumenti pubblicistici ¹³⁵.

Le due esposte considerazioni mantengono una loro incertezza, mentre due circostanze, a mio avviso, portano a escludere la possibilità di qualificare come pubblicistico il potere del quale stiamo parlando. Infatti attuando la delega, il legislatore ha ritenuto, in materia di incompatibilità e al di fuori dei divieti assoluti, di riconoscere (quasi di creare) un nuovo potere specifico del datore pubblico, sostanzialmente connesso al rapporto di lavoro.

E' certamente vero che è difficile qualificare come gestorio del rapporto di lavoro un potere che non si estrinseca intervenendo sulle modalità di realizzazione della prestazione lavorativa (e pertiene l'utilizzo del tempo "personale" e "privato" del dipendente), ma è pur vero che tale potere si può esplicitare solo a causa e solo nella misura in cui ci si trovi in presenza di un rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro è dunque il presupposto di quel potere con la conseguenza che, seppure in termini un po' lati, esso si connette alla gestione del rapporto stesso. Pertanto, stante la sostanziale connessione con il rapporto di lavoro e in forza della esplicita e inequivocabile previsione dell'art. 5 comma 2 del D.Lgvo 165/01, possiamo affermare che si tratti di poteri propri "del privato datore di lavoro" cioè di poteri non pubblicistici ¹³⁶.

¹³⁵ Sul vincolo di scopo D'ORTA, cit., p. 117 ss.

¹³⁶ Sul tema si vedano le osservazioni formulate, nell'immediatezza delle riforma, da ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1993, pagg. 633-652, che osserva a pag. 641: "I poteri della p.a. non rappresentano più pertanto espressione di discrezionalità, bensì di autonomia e si esplicano non tramite provvedimenti amministrativi, ma attraverso atti unilaterali privatistici. Il relativo esercizio, in altre parole, non è funzionalizzato al raggiungimento di uno scopo consistente nell'interesse pubblico dell'organizzazione, ma è circoscritto all'esterno dell'interesse proprio della p.a. e non pubblico, all'organizzazione; un interesse inteso, come per qualunque datore di lavoro privato, quale fondamento giustificativo e non quale limite interno del potere."

Quanto fin qui affermato può certamente riferirsi con sicurezza all'atto autorizzativo finale assunto dalle amministrazioni datrici nei confronti del personale contrattualizzato (mentre quello non contrattualizzato rimane legato a una concezione –e una disciplina- pubblicistica del rapporto lavorativo e l'amministrazione gestisce i relativi rapporti con specifici poteri d'imperio). Tuttavia occorre soffermarsi a considerare il fatto che l'atto finale (autorizzatorio o meno), di indiscutibile incidenza sul rapporto di lavoro, deve fondarsi su di una preventiva definizione, ad opera degli organi competenti della singola amministrazione pubblica, di criteri oggettivi. Tale è l'effetto dell'utilizzo dell'aggettivo "predeterminati" nella previsione di cui al comma 5 dell'art. 53. La norma, infatti, afferma che gli organi competenti delle amministrazioni debbono conferire gli incarichi a propri dipendenti o concedere le autorizzazioni all'esercizio di attività da svolgersi presso soggetti esterni (pubblici o privati) ¹³⁷ facendo ricorso a *"criteri oggettivi e predeterminati che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione."* Tali criteri, dunque, devono riguardare tanto le modalità di conferimento degli incarichi al personale interno (il che in sostanza significa la previsione di una sorta di regolamento interno di organizzazione e gestione delle risorse umane) quanto le condizioni per autorizzare il dipendente ad assumere incarichi retribuiti commissionati da altri soggetti (poco importa se si tratti di altri soggetti pubblici o di soggetti privati). Appare evidente che il legislatore ha inteso fornire parametri che delimitino la portata del potere delle amministrazioni datrici nel disporre le autorizzazioni al fine di evitare comportamenti discrezionali (o addirittura arbitrari), ma nonostante ciò, nel suo complesso, l'espressione risulta ambigua. Tale ambiguità è dovuta al fatto che essa si deve riferire a due differenti contesti. Da un lato l'indicata predisposizione si giustifica in relazione alla scelta del datore di lavoro pubblico di far fronte a determinate situazioni contingenti, ricorrendo all'attribuzione a personale interno di incarichi ulteriori rispetto a quelli d'ufficio: ciò rileva sia con riferimento alla scelta di merito di ricorrere a personale interno piuttosto che a rivolgersi all'esterno (ad es

¹³⁷ La norma parla di *"amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza, ovvero da società o persone fisiche che svolgano attività d'impresa o commerciale"*

tramite: appalto, contratti a termine, contratto di servizi ecc.) sia con riferimento alla necessità di individuare, nell'ambito del proprio personale dipendente, i soggetti da "scegliere" per lo svolgimento di tali incarichi. Dall'altro l'individuazione dei criteri si pone come prodromica all'autorizzazione allo svolgimento di attività presso terzi, in un contesto quindi che vede esclusa in via diretta qualsiasi relazione con la sfera dell'organizzazione e della connessa gestione delle risorse (in questo caso umane e finanziarie), funzionali alla specifica attività svolta dal datore di lavoro. E' infatti evidente che nel caso di attribuzione di incarichi a personale interno si impongono valutazioni di merito in termini di efficienza del servizio (in riferimento alla effettiva ed efficace soddisfazione del bisogno) e dei relativi costi (maggiori o minori a seconda del singolo contesto), mentre nel caso della autorizzazione a svolgere incarichi presso terzi, simili interessi del datore pubblico sono (non possono che essere e debbono essere) irrilevanti nell'economia della decisione finale.

La scarsa coerenza della giustapposizione di situazioni così diverse appare particolarmente evidente con riferimento al parametro della professionalità di cui l'amministrazione dovrebbe tenere conto nella definizione dei criteri. Ancora una volta, nell'attribuire un incarico è evidente che un'amministrazione deve tener conto della professionalità del dipendente cui lo assegna (al fine di rendere efficace la propria azione), ma qualora si debba operare un'autorizzazione rispetto ad incarichi esterni, non si capisce in che misura una simile valutazione possa essere effettuata dall'amministrazione. Infatti sarà l'eventuale committente (specie se privato) a valutare nel proprio prioritario (ed esclusivo) interesse la professionalità del soggetto della cui prestazione intende avvalersi.

In vero una interpretazione estrema della norma potrebbe suggerire che l'amministrazione debba valutare, nel proprio esclusivo interesse, se la professionalità, che il dipendente utilizzerebbe (e in certo qual modo potenzierebbe) nell'esercizio dell'incarico, possa avere un ritorno a proprio beneficio ¹³⁸. Ma se ciò non accadesse in base a cosa potrebbe l'amministrazione giustificare il rifiuto dell'autorizzazione? In assenza della lesione al buon andamento della azione amministrativa assai difficilmente il

¹³⁸ In tal senso cfr. *Regolamento sulle incompatibilità* della Provincia di Modena

datore di lavoro potrebbe negare l'autorizzazione sulla base della constatazione che l'attività svolta dal lavoratore al di fuori del rapporto di subordinazione non le arreherebbe alcun vantaggio. Una simile ipotesi interpretativa/applicativa della norma troverebbe giustificazione soltanto in una concezione della relazione tra amministrazione datrice e lavoratore assolutamente estranea al rapporto riconducibile al presupposto contrattuale: infatti implicherebbe una soggezione del secondo tale da rendere legittime le sue attività extralavorative esclusivamente in funzione del vantaggio dell'amministrazione stessa.

E' in proposito particolarmente significativa la portata degli ultimi due parametri richiamati dalla norma, che forniscono effettivi elementi per definire i criteri e i limiti entro i quali l'amministrazione deve utilizzare il proprio potere autorizzatorio: la valutazione concreta dell'impatto del conferimento (o dell'autorizzazione) sulla propria attività. In sostanza l'amministrazione, avendo come scopo esclusivo la tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, deve valutare l'assenza di incompatibilità di diritto e di fatto. Con riferimento alle prime si dovrà escludere l'autorizzabilità di attività che possano ricadere nell'ambito dell'incompatibilità assoluta prevista dall'ordinamento, ma tale specificazione appare un pleonastico indiretto rinvio alle norme.

E' invece fondamentale il richiamo alla verifica dell'assenza di incompatibilità di fatto: tale eventualità è opportunamente sottoposta al vaglio dell'amministrazione interessata a che la prestazione del lavoratore, ulteriore rispetto a quella ordinaria, non si ponga in termini di conflitto effettivo con lo svolgimento dei suoi doveri d'ufficio (del quale essa conosce l'effettivo realizzarsi ¹³⁹).

Anche a questo proposito, le decisioni relative all'attribuzione di incarichi da parte della stessa amministrazione e quelle relative allo svolgimento di attività presso terzi non presentano analogo rilievo. E' assai difficile immaginare che l'amministrazione, in concreto, possa determinare di affidare ad un proprio dipendente lo svolgimento di un incarico ulteriore rispetto a quello che

¹³⁹ In proposito TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA, 2007, p. 1113, osserva, a mio avviso giustamente, che sul piano procedurale, ancorchè non sia previsto, la decisione finale di autorizzare o meno il dipendente alla assunzione di incarichi deve essere presa consultando il suo diretto superiore. Sul tema torneremo nel capitolo III.

ordinariamente svolge, qualora l'espletamento dello stesso implicasse una disfunzione del servizio.

L'assurdità della situazione appena prefigurata importa che concretamente la sussistenza di tali incompatibilità di fatto possa suporsi solo in riferimento alla assunzione di incarichi retribuiti da terzi. Inoltre appare assai difficile che –in termini generali- si possano prevedere e configurare incompatibilità di fatto in quanto la situazione di pericolo per il buon andamento dell'azione amministrativa dovrà sempre essere ricondotta al caso concreto (oggetto non del provvedimento generale presupposto, ma del provvedimento finale di autorizzazione).

Come abbiamo già segnalato, il richiamo alle incompatibilità di fatto, così come tutta la riflessione sulla natura dell'autorizzazione e del relativo procedimento, si deve valutare con riferimento a due differenti momenti, successivi sia sul piano logico che su quello cronologico: prioritariamente quello della individuazione di criteri generali devoluta agli "organi competenti" e, successivamente, quello relativo alla concessione o meno dell'autorizzazione al singolo dipendente.

Abbiamo anche visto come l'atto presupposto possa/debba avere due differenti ambiti di applicazione e finalità.

La definizione di quelli che debbono essere i criteri in base ai quali assegnare o meno incarichi al personale interno rientra certamente tra gli atti organizzativi, mentre quella inerente alla scelta del dipendente cui assegnarlo ha doppia valenza: da un lato riguarda la gestione del rapporto di lavoro ma dall'altro concerne i criteri di scelta di un preciso destinatario dell'incarico (fase che nel pubblico ha comunque un'esigenza di trasparenza diversa da quella del privato). Infine, la indicazione dei criteri che debbono guidare nella concessione dell'autorizzazione a chi voglia svolgere incarichi presso terzi è del tutto ed esclusivamente riconducibile al rapporto lavorativo.

E' dunque impossibile attribuire all'atto presupposto una qualificazione precisa e unitaria. Sotto il profilo relativo all'individuazione di criteri generali per l'attribuzione degli incarichi, esso è certamente riconducibile ad un atto di organizzazione che, in quanto tale, potrebbe forse ricondursi agli atti di natura pubblicistica (in base alla riserva legislativa di cui alla lettera a) dell'articolo 2 della L. 421/92).

Diversamente il profilo relativo all'assegnazione del singolo incarico a personale interno è certamente riconducibile a quella gestione delle risorse umane che senza dubbio è stata privatizzata.

Il profilo relativo all'autorizzazione allo svolgimento di incarichi presso terzi non presenta nessun rilievo organizzativo ed è esclusivamente riconducibile alla gestione dei singoli rapporti di lavoro.

Diversamente la individuazione dei criteri generali, per le ragioni appena esposte, presenta anche profili di ordine organizzativo e conseguentemente occorre chiedersi se possa ritenersi ricompreso tra gli atti di macro organizzazione.

Per rispondere a tale quesito si potrebbe osservare quale organo, nell'ambito dell'organizzazione delle singole amministrazioni, è deputato alla individuazione dei criteri generali.

Infatti l'espressione "organi competenti" lascia alle singole amministrazioni la possibilità, nell'ambito dei propri poteri sicuramente pubblici, di attribuire le sue singole specifiche competenze tra i propri organi ¹⁴⁰.

Con riferimento ad un ente locale, ad esempio, qualora si fissino tali criteri in un atto di natura pubblica (ad es deliberato dall'organo elettivo) esso potrebbe avere i requisiti dell'atto amministrativo, mentre qualora venga demandato, ad esempio, all'organo preposto alla gestione del personale esso avrà senza dubbio natura privatistica. Infatti, ancorchè di fonte unilaterale, essa rientra tra le determinazioni del privato datore di lavoro relative all'organizzazione della propria attività e alla gestione dei rapporti di lavoro.

E' importante osservare che l'atto di cui stiamo parlando (la predeterminazione dei criteri) dovrebbe presentare le caratteristiche di generalità che la norma pare attribuire loro. Conseguentemente esso non dovrebbe addentrarsi nella puntuale indicazione di specifiche attività ammesse/non ammesse, in quanto una simile valutazione dei casi concreti non può che rientrare nella seconda fase della procedura: quella che si conclude/concretizza con l'atto di attribuzione dell'incarico ovvero della concessione/negazione

¹⁴⁰ D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino, 2004, osserva "L'area dell'organizzazione "alta", costituita dal descritto nucleo minimo e incompressibile, non necessariamente si riduce, però, soltanto ad esso. L'ambito della organizzazione "alta" in regime pubblicistico può, infatti, essere integrato ed ampliato dagli ordinamenti delle singole amministrazioni" (p. 106)

dell'autorizzazione a svolgere attività presso soggetti diversi dal datore di lavoro.

Con riferimento a tale ultimo procedimento non vi è dubbio che essa sarà certamente assunta da un organo dell'amministrazione datrice di lavoro cui compete la gestione del personale (e quindi con i poteri del privato datore nell'ambito del rapporto di lavoro). Conseguentemente non può esistere dubbio sul fatto che tale atto finale rientri tra quelli ricondotti all'ambito della privatizzazione.

Secondo quanto fin qui sostenuto, dunque, mentre l'atto presupposto potrebbe assumere di volta in volta la caratterizzazione di atto amministrativo o di atto privatistico, quello finale è sempre un atto privatistico di gestione del rapporto lavorativo.

Occorre ulteriormente specificare che, pur essendo ricomprese dalla norma sotto la medesima denominazione, appaiono ben diverse e non riconducibili alla medesima categoria le assegnazioni a propri dipendenti di incarichi ulteriori rispetto a quelli di cui al normale contenuto dell'obbligazione lavorativa, rispetto a quelli con i quali si concede (o meno) al dipendente di assumere incarichi retribuiti presso soggetti terzi al di fuori del rapporto lavorativo (cioè nell'ambito del proprio tempo libero dalla prestazione obbligatoria). L'articolo 53 infatti ha ritenuto di regolare in modo uniforme attraverso lo strumento dell'autorizzazione situazioni diverse. Esso ha sostanzialmente confuso (nel senso etimologico di "versare insieme", "unificare") due istituti tradizionalmente distinti quali sono da un lato il cumulo degli incarichi genericamente a carico della finanza pubblica (il c.d. cumulo di impieghi), e dall'altro lo svolgimento di attività da parte del pubblico dipendente nel proprio tempo libero (le incompatibilità). Il primo ha una innegabile funzione di tutela di un interesse pubblico e certamente eccede il rapporto lavorativo, pur essendo ad esso connesso. Il secondo non è detto che abbia tale valenza pubblica, ma certamente può presentare rilevanti connessioni con il rapporto lavorativo e implica due questioni tra loro inestricabili: quella relativa alla riconducibilità della ingerenza del datore di lavoro nella vita privata del dipendente e quella relativa allo status soggettivo del dipendente pubblico (ovvero se il suo rapporto di lavoro sia o meno un rapporto speciale rispetto a quello di qualsiasi altro lavoratore).

Fatta tale precisazione, indubbiamente di enorme rilievo, si può pervenire, con riferimento alla natura del procedimento autorizzatorio definito unitariamente dal legislatore dell'art. 53, alla seguente conclusione.

Fatta eccezione per le previsioni di cui al comma 3 e 4 dell'articolo 53 che disegna una disciplina particolare e certamente di natura pubblicistica, l'autorizzazione di cui ai commi 5 e 7 scaturisce da un procedimento in due fasi.

Con riferimento al personale non privatizzato sono entrambe fasi di natura pubblicistica e pertanto sono qualificabili come procedimenti amministrativi (e come atti amministrativi sono qualificabili le relative determinazioni finali).

Con riferimento al personale privatizzato si può ritenere, in linea generale, che il potere assegnato alle amministrazioni datrici di lavoro dal legislatore si configuri come un potere di natura privatistica, che tuttavia, date le implicazioni relative alla loro composita natura e finalità potrebbero, entro certi limiti e per limitati aspetti, essere dalle stesse amministrazioni regolate con determinazioni che, limitatamente alla gestione del c.d. cumulo di impieghi, si potrebbero anche qualificare come pubblicistiche.

Diversamente, con riferimento al finale atto autorizzatorio, esso risulta sempre indubbiamente riconducibile all'ambito della gestione dei rapporti di lavoro. Questi sono rapporti privatizzati, pertanto la decisione che l'amministrazione assume è qualificabile come atto unilaterale di gestione di tale rapporto privatistico/contrattuale.

Concludendo possiamo ritenere che per tutto il personale privatizzato tanto l'atto autorizzatorio quanto l'atto presupposto siano di natura privatistica. Tuttavia, quest'ultimo, solo ed esclusivamente con riferimento alla disciplina del cumulo degli incarichi e solo in casi specifici (qualora cioè l'atto presupposto risulti emanato da un organo che risulti titolare di un potere di natura pubblicistica in base alla effettiva struttura e organizzazione dell'Ente) potrebbe anche essere riconducibile all'espressione di un potere pubblicistico.

2. I provvedimenti autorizzatori ex comma 1 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01

Per completezza, occorre brevemente soffermarsi su due categorie di provvedimenti affini, ma ben distinti, dalla autorizzazione di cui ai commi 5 e 7 dell'art. 53.

Ci si riferisce innanzi tutto alle autorizzazioni richiamate indirettamente dal comma 1 del medesimo articolo. Infatti, tramite l'esplicito rinvio a specifiche norme previgenti, permangono nell'ordinamento le autorizzazioni al superamento dei divieti relativi alle incompatibilità assolute propri di alcune discipline speciali, oltre a quelle previste dallo stesso Dpr 3/57 (agli artt. 60, 61 comma 2, 62).

Simili autorizzazioni presentano natura profondamente differente rispetto a quella necessaria allo svolgimento degli incarichi retribuiti.

Quest'ultima è volta ad accertare l'assenza di ostacoli posti dallo stesso datore di lavoro. E' pur vero che è la legge a conferire al datore il potere di limitare la libertà di iniziativa del dipendente al di fuori del rapporto di lavoro, così come è vero che quello conferito dalla legge è un potere sconosciuto al mondo del lavoro privato, ma è altrettanto vero, tuttavia, che tale potere si concretizza nella individuazione delle fattispecie proibite e (come abbiamo appena evidenziato) viene ad essere qualificato come un potere di diritto comune e non come potere pubblicistico (abbiamo visto che tale qualificazione è indubbia con riferimento al provvedimento finale di autorizzazione).

Le autorizzazioni in parola (ex comma 1) hanno differente natura. In primo luogo esse non sono riconducibili a procedimenti/determinazioni presupposte in quanto trovano la propria condizione di legittimità in una previsione legislativa. In secondo luogo, quanto ad effetti, implicano la rimozione di un divieto posto dalla legge: ed è evidente che tale conseguenza è difficilmente riconducibile a un potere di natura privatistica. Mentre infatti l'autorizzazione di cui ai commi 5 e 7 implica la rimozione di un divieto posto dallo stesso datore in relazione al rapporto contrattuale, le autorizzazioni di cui stiamo parlando, rimuovono un divieto stabilito dalla legge (che pone anche le condizioni necessarie perchè ciò possa avvenire). Ferma tale natura, che non esitiamo a definire amministrativa, dei provvedimenti in parola, occorre

chiedersi se, con riferimento alle categorie di dipendenti i cui rapporti di lavoro sono stati privatizzati, ci si trova di fronte a provvedimenti privatistici o meno. E' preferibile ritenere che, ancorchè si tratti di autorizzazioni fortemente connotate in termini pubblicistici, esse sul piano pratico si ripercuotano in via immediata e diretta sul rapporto di lavoro, con la conseguenza di dover essere considerate alla stregua di atti privatistici, a meno di mettere in discussione tutto l'impianto della riforma (che inequivocabilmente riconduce a tale ambito la gestione dei rapporti lavorativi).

E' tuttavia evidente che, per le ragioni esposte, con riferimento a tale tipo di autorizzazioni si pone un problema di coerenza del sistema e rimane possibile interpretare la previsione dell'art. 2 della legge 421/92 nel senso di sottrarre alla riforma la materia delle incompatibilità. Tuttavia mi pare che, complessivamente, si possa -e si debba- ritenere che, sebbene siano ancora fortemente connotati in senso pubblicistico, gli atti in parola vadano comunque ricondotti alla privatizzazione del rapporto per esplicita previsione legislativa (art. 5 comma 2 del D.lgvo 165/01).

Infine, per completare l'argomento, è opportuno evidenziare che non risultano riconducibili ai provvedimenti autorizzatori di cui abbiamo trattato nel presente paragrafo, quelli connessi allo svolgimento di attività lavorative da parte del personale che chiede a tal scopo la trasformazione del rapporto a part time ridotto. In questo caso infatti la trasformazione del rapporto da full time a part time (dopo gli interventi normativi del 2008) ha certamente perso i caratteri del diritto riconosciuto al dipendente, con la conseguenza di un importante avvicinamento tra la disciplina del lavoro pubblico e quella del lavoro privato, che implica in capo al datore pubblico una discrezionalità del tutto analoga a quella dell'imprenditore, in relazione alle proprie esigenze organizzative ¹⁴¹.

¹⁴¹ Una riflessione sulla definizione delle attività comunque vietate (comma 58 bis dell'art. 1 della L. 662/96) presenta una notevole contiguità rispetto ad essa, ma esula dalla presente trattazione. Cfr. BROLLO, cit., p. 523.

IV. La giurisdizione

Nell'economia complessiva della riforma ha assunto una importanza determinante la ridefinizione del riparto di giurisdizione in materia di lavoro pubblico. La attuale disciplina, codificata nell'art. 63 del D.Lgvo 165/01, è il frutto finale della seconda privatizzazione, con la quale si è definitivamente optato per una devoluzione totale della materia al Giudice Ordinario, superando in tal modo il tradizionale criterio distintivo tra le giurisdizioni, basato sulla separazione delle posizioni giuridiche tutelate ¹⁴².

Grazie al nuovo sistema, che si fonda su di un riparto rigorosamente per materia, non è più dato riconoscere in capo al pubblico dipendente posizioni di interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro, con la conseguenza che tutte le posizioni soggettive, che trovano la loro ragion d'essere nell'esistenza del rapporto di lavoro, debbono qualificarsi come posizioni di diritto soggettivo, tutelabili davanti al Giudice Ordinario, ovvero di semplici posizioni di interesse in fatto, che in quanto tali non sono tutelabili in giudizio.

Con riferimento alla fase precedente la costituzione del rapporto di lavoro, stante il mantenimento all'area della disciplina pubblica delle procedure concorsuali, permane la Giurisdizione del Giudice Amministrativo, mantenuta altresì quale giurisdizione esclusiva, con riferimento ai rapporti di lavoro del personale non privatizzato. Diversamente, in presenza di un rapporto lavorativo contrattualizzato, qualsiasi controversia deve essere proposta davanti al Giudice Ordinario.

¹⁴² Per la descrizione dell'evoluzione che ha portato all'attuale art. 63 del D.Lgvo 165/01 e per la individuazione dei principali problemi in materia di giurisdizione, cfr. MACIOCE, *Commento all'art. 63*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Vol III in *Il Diritto del Lavoro*, Milano 2007, pag. 649 e ss.; BORGHESI, *La giurisdizione del Giudice ordinario*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, UTET, Torino 2004, pag. 1213 e ss.

ZOLI, *cit.*, a proposito delle perplessità sollevate in vista del passaggio di giurisdizione, nota: "...la devoluzione della competenza in materia al giudice ordinario non comporta di per sé alcun arretramento della soglia di tutela delle posizioni dei dipendenti pubblici" (p. 647) e prosegue osservando che in conseguenza del passaggio della cognizione al G.O. "il riconoscimento della generale esistenza di diritti soggettivi, sia pur di contenuto diverso (...) consenta una migliore e più equilibrata tutela degli interessi dei lavoratori." (pag. 649).

Sul tema del passaggio di giurisdizione si veda CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, LPA 2006, pp. 1049-1092.

Il legislatore del 1998, consapevole del fatto che parte dell'attività organizzativa della amministrazione rimane comunque affidata all'esercizio di un potere di natura pubblicistica, che si manifesta attraverso atti amministrativi, che possono a loro volta costituire il presupposto degli atti gestori eventualmente dedotti in giudizio da parte del dipendente, ha specificato che, quando tali atti amministrativi siano rilevanti ai fini della decisione, il Giudice li debba "disapplicare" se illegittimi ¹⁴³.

Con riferimento alla disciplina delle incompatibilità che qui interessa, non si pongono problemi di particolare rilievo in materia di giurisdizione, pacificamente attribuita al Giudice Ordinario. Infatti, anche qualora si debba ritenere che il finale atto di concessione/negazione della autorizzazione trovi il proprio presupposto in un precedente atto di natura pubblicistica, appare evidente che, stante l'esistenza di un rapporto lavorativo, il lavoratore potrà contestare la decisione datoriale soltanto davanti al Giudice del lavoro (che eventualmente provvederà alla disapplicazione dell'illegittimo atto amministrativo presupposto).

Ancorchè si possa ipotizzare una concorrenza di giudizi, la pendenza di quello amministrativo non implicherebbe comunque la sospensione di quello civile. Vale però la pena ricordare che, comunque, è difficilmente prefigurare l'impugnazione dell'eventuale provvedimento con cui si identificano in generale i criteri per la autorizzabilità degli incarichi retribuiti. Infatti mentre il lavoratore fonda il proprio rapporto (e quindi la propria legittimazione attiva in giudizio) sul contratto di lavoro e non sulla propria condizione di cittadino, quest'ultimo assai difficilmente potrebbe vantare quella posizione di interesse qualificato che gli permetterebbe l'azione giurisdizionale amministrativa. In aggiunta, per la sua specifica caratterizzazione, il provvedimento in parola, se anche potesse qualificarsi come un provvedimento amministrativo, assai difficilmente potrebbe presentare quella concreta e attuale dannosità che costituisce il necessario presupposto per l'impugnazione del provvedimento stesso.

¹⁴³ MENGHINI, *Tutela del lavoratore pubblico e disapplicazione degli atti amministrativi presupposti*, in LPA, 2006, pp.3-11; sulla riconducibilità degli atti presupposti alla distinzione tra atti di macro e di micro organizzazione si veda Pozzi, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali ed effettività di tutela*, in LPA, 2007, pp. 595-633 (specificamente sul punto pp. 604-611).

Con riferimento all'assegnazione di incarichi retribuiti da parte di una amministrazione a un proprio dipendente, si potrebbe ipotizzare una contestazione da parte di altro dipendente che pretendesse di ricevere la medesima assegnazione. Trattandosi di una controversia relativa all'applicazione in concreto di criteri che il datore ha unilateralmente predisposto nei confronti dei propri dipendenti, occorre chiedersi se il lavoratore che sia stato ignorato abbia o meno la possibilità di contestare in giudizio il comportamento datoriale. Si tratta di una situazione in cui il rapporto dedotto in giudizio è comunque quello contrattuale, con riferimento al quale il lavoratore potrebbe invocare l'applicazione secondo buona fede di criteri che il datore, anche se li ha unilateralmente definiti nell'ambito del proprio potere organizzativo, deve rispettare. Diversamente la posizione soggettiva in parola non è altro che una aspettativa in fatto non deducibile in giudizio. Anche in questo caso dunque, qualora la posizione sia tutelabile, non sussiste dubbio sulla giurisdizione del Giudice Ordinario.

Quand'anche la determinazione generale unilaterale, secondo i parametri esposti nel precedente paragrafo, assumesse i requisiti dell'atto amministrativo, essa si qualificherebbe in concreto come atto presupposto rispetto all'eventuale negazione dell'autorizzazione all'assunzione di incarichi retribuiti: conseguentemente il lavoratore potrebbe comunque adire l'autorità ordinaria a tutela della propria posizione fondata sul contratto, con conseguente disapplicazione dell'atto presupposto.

Sempre con riferimento alla giurisdizione, non si pongono problemi neppure a proposito di quelle autorizzazioni la cui qualificazione come atti privatistici appare, in base a quanto esposto al paragrafo precedente, meno sicura.

Infatti essi finiscono comunque con il qualificarsi come atti relativi alla gestione del rapporto di lavoro con la conseguenza che, stante la chiara ripartizione per materia della giurisdizione relativa al lavoro pubblico, essi non rientrano comunque nella conoscenza del Giudice amministrativo, indipendentemente da quale possa essere la qualificazione della posizione soggettiva della quale si chiede tutela.

Nei fatti, la giurisprudenza non ha posto problemi interpretativi e ha dichiarato la giurisdizione ordinaria in materia di contenzioso relativo alle autorizzazioni

in parola, superando ogni questione relativa alla qualificazione degli atti impugnati e facendo ricorso al principio discriminante del *petitum* sostanziale. In proposito, ad esempio, la sentenza n. 3618 del 7 giugno 2004 del Consiglio di Stato, nega senza esitazione la sussistenza della giurisdizione amministrativa in riferimento alla negazione di un'autorizzazione. Afferma infatti il Giudice Amministrativo che *“ogni atto dell'amministrazione volto ad assicurare (...) il rispetto della disciplina in tema di incompatibilità con lo status di pubblico dipendente si configura come diretto a regolare il singolo rapporto di lavoro del dipendente interessato e dunque come atto di gestione del medesimo ex art. 2 d.lgvo 165, che quando riguardi personale privatizzato rientra nella competenza giurisdizionale del Giudice ordinario, prevista, per i rapporti di lavoro, dall'art. 63”*¹⁴⁴ del medesimo decreto del 2001. Non risulta l'esistenza di pronunce di senso contrario.

In una prospettiva che, stante la scarsissima possibilità di verificarsi, appare di scuola, ci si può chiedere se sia possibile riconoscere la legittimazione attiva contro l'amministrazione da parte di un soggetto estraneo al rapporto di lavoro. Si tratta dell'ipotesi in cui a contestare la mancata autorizzazione datoriale sia il terzo che abbia ricevuto un rifiuto a fronte della propria richiesta di autorizzare un pubblico dipendente a assumere un incarico da lui retribuito. Il soggetto terzo *de quo* non è dipendente dell'amministrazione nè, nei suoi confronti, quest'ultima agisce come pubblico potere. Pertanto l'unica ipotesi possibile, e solo in presenza di un danno, pare essere quella della tutela aquiliana qualora ne sussistano i necessari presupposti. E' tuttavia assai difficile, anche in teoria, immaginare che si possa verificare un caso in cui si configuri il verificarsi di un danno effettivo e quantificabile, oltre al relativo nesso di causalità tra questo e il presupposto rifiuto dell'autorizzazione. Soprattutto appare assai difficile che possa riconoscersi l'ingiustizia del danno, nella misura in cui la prerogativa del datore pubblico è quella di negare (o concedere) l'autorizzazione in base a valutazioni unilaterali e ampiamente discrezionali, che possono trovare dei limiti esclusivamente nella legge e nelle esigenze di tutela del lavoratore (che pertanto è l'unico a poterle far valere).

¹⁴⁴ La sentenza n. 3618/2004 della sezione IV del Consiglio di Stato, massimata in APICELLA, CURCUTO, SORDI TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano 2005, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione con riferimento alla impugnazione di una negazione di autorizzazione presentata da un dipendente dell'amministrazione della Giustizia (si trattava di un cancelliere).

CAPITOLO III

L'istituto delle incompatibilità e la sua collocazione in ambito sistematico: tra interesse pubblico e disciplina privatistica dei rapporti di lavoro. Profili sanzionatori.

I. La disciplina

Nell'esporre i tratti fondamentali della disciplina positiva in materia di incompatibilità, occorre mantenere distinte le due fattispecie, relative una alle incompatibilità connesse al rinvio alle disposizioni del 1957¹⁴⁵, contenute nel comma 1 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01, l'altra concernente la disciplina delle attività autorizzabili di cui ai commi 5 e ss del medesimo articolo, cioè quelli che la norma chiama "incarichi retribuiti".

Benchè l'utilizzo dell'espressione non sia del tutto preciso, nella presente esposizione utilizzeremo "incompatibilità assoluta" con riferimento alla prima fattispecie, e "incompatibilità relativa" con riferimento alla seconda. In vero la distinzione, che è risalente (in particolare la seconda espressione), è stata coniata in riferimento al fatto che –in regime rigorosamente pubblicistico– l'ordinamento, a fronte delle esplicite previsioni legislative che fissavano per il pubblico dipendente il divieto insuperabile di svolgere attività professionale, commerciale industriale o subordinata, attribuiva alle amministrazioni datrici la possibilità di autorizzare il pubblico impiegato all'assunzione di poche e tipiche attività, estranee al rapporto di pubblico impiego (e, sottolineiamo oggi, alla prestazione lavorativa).

Quel sistema pertanto non conosceva l'eventualità che la stessa amministrazione datrice di lavoro potesse autorizzare lo svolgimento di attività in base a proprie determinazioni e, tra l'altro, non aveva chiarito (almeno non nella vigenza del Dpr 3/57) quale fosse la posizione di quei dipendenti pubblici che, al di fuori del rapporto con l'amministrazione, svolgessero attività non riconducibili alle incompatibilità individuate dalla legge (secondo la definizione concretamente datane dalla giurisprudenza).

¹⁴⁵ Si tratta precisamente delle previsioni di cui agli artt. 60 e 62 del Dpr 3/57.

Oggi, come abbiamo visto, il sistema è stato notevolmente rinnovato determinando una disciplina di definizione (direttamente) legale, con riferimento alla quale le amministrazioni non hanno potere derogatorio, e una disciplina solo indirettamente legata alla norma di legge, in base alla quale, invece, sono i singoli soggetti datori di lavoro investiti del potere (privatistico) di definire il confine tra lecito e illecito e di certificare, per così dire, la liceità delle attività svolte dal dipendente attraverso la concessione (o meno) dell'autorizzazione.

Abbiamo già visto come il nuovo disegno ponga dei problemi in relazione alla avvenuta privatizzazione, ma è anche evidente che le norme del '57 mantengono una "autonomia" propria, quanto a disciplina e a definizione della fattispecie cui vanno riferite, pertanto è opportuno mantenere distinte le previsioni di incompatibilità introdotte dalla nuova regolazione (incarichi retribuiti ex comma 5 ss dell'art 53) che, proprio perchè la loro individuazione risulta attribuita al singolo soggetto pubblico datore di lavoro, meritano più che mai la qualifica di "incompatibilità relative".

Osserviamo i tratti distintivi delle due fattispecie in termini di diritto positivo, con riferimento alla (innegabile) privatizzazione del rapporto lavorativo pubblico.

1 L'incompatibilità assoluta (art. 53 comma 1)

Dall'esegesi della previsione normativa contenuta nel comma 1 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01, emerge chiaramente che, con riferimento alle incompatibilità assolute, la riforma non apporta modifiche alle norme previgenti, affermando esplicitamente la perdurante vigenza degli artt. 60 - 65 del D.P.R. 3/57 per tutti i dipendenti pubblici ¹⁴⁶. Abbiamo già visto ¹⁴⁷ che, al fine di armonizzare tale affermazione con le proprie previsioni, il testo specifica che sono fatte salve le deroghe di cui all'art. 23 *bis* del medesimo Decreto Legislativo e le norme sul part time.

¹⁴⁶ Occorre in proposito osservare che tale estensione ha dato luogo a numerosi problemi, soprattutto con riferimento al personale degli enti locali, in quanto la precedente disciplina rendeva possibile lo svolgimento dell'attività professionale se previsto dagli ordinamenti dei singoli enti.

¹⁴⁷ Cfr. cap II

Abbiamo anche già evidenziato come il richiamato art. 60 del Dpr. 3/57 impone ai pubblici dipendenti il divieto di esercitare il commercio, l'industria e qualsiasi professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro.

Il successivo art. 61¹⁴⁸ esclude dal divieto le società cooperative e prevede che sia autorizzabile lo svolgimento dell'incarico di arbitro o perito; mentre l'art. 62 ammette che il dipendente, previa previsione di legge o autorizzazione, *“partecipi all'amministrazione o ai collegi sindacali di società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa”*.

Sotto il profilo procedurale la disciplina si occupa di assicurare l'effettivo rispetto dei previsti divieti. L'art. 63 prevede che in caso di violazione dei precedenti art. 60 e 62 il dipendente, che versi in condizioni di incompatibilità, venga diffidato a far cessare tale situazione e, in caso l'incompatibilità non cessi nei successivi 15 giorni, è previsto che egli decada dall'impiego. Il secondo comma del medesimo articolo specifica che l'eventuale obbedienza alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare a carico del dipendente.

Come si diceva tali previsioni normative mantengono pieno vigore per esplicita previsione dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01.

E' a questo punto opportuno segnalare brevemente come la giurisprudenza¹⁴⁹ ha in concreto provveduto alla applicazione della richiamata disciplina. Si tratta di orientamenti ormai sostanzialmente consolidati, che si basano su una interpretazione delle norme ispirata all'idea che esse siano finalizzate ad assicurare l'amministrazione da due distinti pericoli a volte concorrenti tra

¹⁴⁸ La previsione dell'articolo 61 è stata modificata dall'art. 18 della L. 59 del 1992, che ha introdotto l'indicata eccezione. In precedenza il testo permetteva l'assunzione di cariche nelle sole cooperative costituite tra dipendenti pubblici. Prima della modifica, l'applicabilità o meno del divieto all'assunzione delle cariche nelle società cooperative era oggetto di discussione, dovuta alla compresenza in simili società di fini mutualistici e di fini di lucro.

¹⁴⁹ Per una completa rassegna della giurisprudenza in materia di incompatibilità assoluta si rinvia al commento all'art 53, curato da PALLA, in GRANDI PERA, *Commentario alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, p. 2147 ss, anche PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* a c. CARINCI ZOPPOLI, Torino 2004, pp. 798 ss; PERRINO, nota a Cassazione Lavoro, sentenza n. 967/06 in *Foro Italiano*, 2006, 2346. Un'esposizione (schematica) delle principali pronunce anche in PRIOLO, *L'incompatibilità nell'impiego pubblico*, in *Enti Pubblici*, 1995, p. 542-548

loro: quello della formazione in capo al singolo dipendente di un centro di interessi confliggente rispetto a quello della amministrazione di appartenenza, ovvero quello di assicurare che egli non sottragga energie mentali e fisiche all'esecuzione della propria prestazione.

Con riferimento alla costituzione di un secondo rapporto di impiego subordinato, la Giurisprudenza ha ritenuto che il relativo divieto non possa in alcun modo interferire sulla qualificazione di un rapporto che, in via di fatto, integri tutti gli elementi che costituiscono gli indicatori della subordinazione nel rapporto di lavoro ¹⁵⁰.

Con riferimento al divieto di svolgimento di attività commerciale o industriale, pare potersi affermare che, in concreto, il divieto scatti al momento in cui in capo al dipendente pubblico si viene a riconoscere la posizione di imprenditore secondo la definizione codicistica, compresa anche quella di imprenditore artigiano. Anche in questo caso la Giurisprudenza per giungere a qualificare l'attività svolta come incompatibile, si basa sulla valutazione di specifiche circostanze di fatto, tra le quali risultano del tutto risolutive la regolarizzazione fiscale e contributiva relativa alla seconda attività imprenditoriale ¹⁵¹. Non risultano invece comprese nel divieto le prestazioni rese, saltuariamente, a favore di parenti o amici ¹⁵².

¹⁵⁰ In particolare vale la pena di sottolineare come la sezione lavoro della Cassazione, con la Sent. n. 2171 del 2000 abbia affermato il principio della autonomia dei rapporti e della assoluta validità di quello extralavorativo (nel caso di specie la Corte ha riconosciuto il requisito della subordinazione in capo ad un maestro che nell'orario extrascolastico aveva svolto mansioni di fattore per un'impresa agricola, affermando il diritto del docente a percepire tutti gli emolumenti e i relativi accessori connessi a tale tipo di rapporto). Analogamente le Sezioni Unite avevano affermato la coesistenza di un rapporto di subordinazione in capo ad una maestra elementare che ha svolto per anni il ruolo di bibliotecaria presso un Comune (S.U., sent. n. 3477 del 1994. La sentenza in particolare afferma chiaramente che, senza precedente diffida, non è possibile pervenire alla decadenza dal rapporto di pubblico impiego).

¹⁵¹ Di particolare interesse Cassazione, sez. lav., sent. n. 297/1989. Si riferisce al caso di un dipendente di una ASL che svolgeva la attività di manutentore di lavatrici. Le circostanze che hanno indotto i Giudici a ritenerla attività imprenditoriale erano tra l'altro l'allestimento di apposito furgoncino, la regolarizzazione previdenziale per il lavoro autonomo, l'approntamento di attività pubblicitaria. La sentenza, non particolarmente recente, fissa principi poi costantemente ribaditi e appare particolarmente interessante in quanto dal suo testo si desume che nei fatti il dipendente svolgeva frequentemente l'attività incompatibile in periodi coperti da malattia e che questi a volte venivano richiesti appositamente per lo svolgimento della seconda attività. In vero credo che proprio tale circostanza (che l'attività venisse svolta con evidente violazione dei doveri dell'ufficio) costituisca il presupposto in fatto in base al quale la amministrazione è pervenuta alla diffida e al conseguente provvedimento decadenziale.

¹⁵² Cfr. la già citata C.S. V sent. n. 1089 del 15.12.1972.

Con riferimento al divieto di assumere cariche sociali la giurisprudenza ha statuito che il comportamento vietato è quello riconducibile alla sola assunzione di cariche connesse all'esercizio di un potere gestionale negli organi degli enti. Infatti, con riferimento alla assunzione della qualità di socio in società di capitali si è statuito che, mentre la sola qualità di socio non costituisce violazione della previsione di cui stiamo occupando, è assolutamente vietata l'assunzione di cariche che implicino una partecipazione alla definizione della politica societaria e della conseguente gestione.

In base al medesimo principio, con riferimento alle società di persone, data la responsabilità personale connessa anche alla semplice qualità di socio, è sempre ravvisabile la violazione del divieto di cui all'art. 60 Dpr 3/57, con la sola eccezione del socio accomandante nella società in accomandita semplice.

Le principali problematiche, successivamente alla modifica dell'art. 61, sono connesse alla qualità di socio in quelle realtà nelle quali è dato ravvisare un fine associativo diverso da quello lucrativo. In particolare, con riferimento nelle casse rurali e artigiane, nelle quali convivono fini creditizi di natura bancaria a fine lucrativo e fini solidaristici, ci si è chiesti quale debba essere considerato il fine prevalente, e quindi determinante, così da individuare l'esistenza o meno dell'incompatibilità¹⁵³.

Decisamente più complesso risulta il quadro relativo all'esercizio delle attività professionali.

Appare particolarmente complessa la disciplina relativa al rapporto tra la qualità personale di dipendente pubblico e lo svolgimento delle professioni per il cui esercizio è necessaria, in seguito al conseguimento di particolari abilitazioni, l'iscrizione ad albi o elenchi. Si tratta, insomma, delle professioni in senso tecnico, da non confondere con il requisito della professionalità che si possa manifestare nell'esercizio di attività di lavoro autonomo.

Con riferimento all'esercizio di tali professioni, si intrecciano fondamentalmente due ordini di problemi: uno connesso alle regole e agli eventuali limiti posti dagli ordinamenti professionali all'iscrizione agli albi,

¹⁵³ Per un approfondimento sulla questione cfr. PAOLUCCI, *cit.*, p. 802, e PALLA, *cit.*, p. 2152.

l'altro connesso alla posizione dei singoli dipendenti pubblici e agli ordinamenti delle singole amministrazioni.

Con riferimento al primo profilo, non mancano casi in cui l'esercizio legittimo della professione è reso impossibile perché le leggi professionali, nei confronti di coloro che intrattengano rapporti di lavoro dipendente, impongono ora specifici divieti di iscrizione agli albi ora divieti di esercizio della professione (pur ammettendo l'iscrizione) ¹⁵⁴.

Sotto quest'ultimo profilo appare di non poco rilievo il fatto che l'art. 53 del d.lgvo 165/01 ha esteso a tutti i pubblici dipendenti lo stesso regime di divieto, mentre in precedenza non tutti i dipendenti pubblici erano ad esso vincolati (ad esempio i dipendenti degli enti locali erano sottoposti ad un differente regime) ¹⁵⁵. Ciò ha di molto ridotto le possibilità concrete che il pubblico impiegato possa esercitare una professione.

Con riferimento al secondo profilo, ovvero quello della ammissibilità dell'esercizio professionale da parte di pubblici dipendenti che siano iscritti agli albi, il problema appare complicato dal fatto che non mancano discipline speciali che ne ammettono la possibilità. Concordemente si ritiene che il divieto di esercizio della professione costituisca un principio generale dell'ordinamento con la conseguenza che l'eventuale possibilità contraria debba trovare la propria fonte in una previsione speciale che non sarà applicabile nè in maniera estensiva nè, tanto meno, in maniera analogica ¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Il tema del rapporto tra le incompatibilità connesse agli ordinamenti professionali e quelle connesse alla qualità di pubblico dipendente esulano dalla presente trattazione cui pure risultano contigue. Sulla complessa disciplina relativa alle libere professioni e al loro rapporto con la legislazione sul pubblico impiego e in generale sulle problematiche connesse con l'argomento cfr. PAOLUCCI, cit, 2004, pagg. 818 ss.

¹⁵⁵ In proposito sono numerose le sentenze che, in applicazione della nuova disciplina, hanno affermato la sopravvenuta impossibilità di iscrizione agli albi per quei soggetti abilitati che, in quanto dipendenti di enti pubblici i cui ordinamenti permettevano l'esercizio della professione, non ricadevano nel divieto di cui all'art.60 del dpr 3/57, che è stato esteso invece a tutto il pubblico impiego dall'art. 53 del D.Lgvo 165/01. In particolare la Cassazione, con sentenza n. 1439 del 2000, ha sostenuto che *"l'art. 58 del D.Lgvo 29 del 1993 prevede che le pubbliche amministrazioni possano autorizzare i propri dipendenti all'esercizio di incarichi, ma questi non possono confondersi con l'esercizio di un'attività professionale e con l'iscrizione al relativo albo, per cui sussiste il generale divieto posto dal comma 1 dello stesso art. 58 e ribadito dalla legislazione sul tempo parziale"* (caso di specie relativo a un geometra dipendente comunale). Analoghe pronunce con riferimento a geometri (Cass. S.U. n. 1722/1992; S.U. n. 3477/94; S.U. n. 5942/95; S.U. n. 3467/98) e a periti industriali (Cass. S.U. n. 10128/94; S.U. n. 5855 e n. 10128 del 1994; S.U. n. 7012/95).

¹⁵⁶ Cfr PAOLUCCI, cit.,

Pertanto allo stato attuale la possibilità di esercitare la professione è contenuta. Per quei dipendenti che possono iscriversi agli albi, l'assunzione di isolati incarichi riconducibili a tale presupposto, ovvero lo svolgimento in via occasionale e saltuaria della professione può non costituire violazione del divieto assoluto di cui al comma 1 dell'art. 53, ma, rientrando nel novero degli incarichi retribuiti, ricade sotto la disciplina del comma 6 dello stesso articolo. Appare evidente che la disciplina delle incompatibilità in relazione all'esercizio delle professioni è stato notevolmente condizionato dall'introduzione del principio della generale esclusione dell'incompatibilità per i dipendenti che svolgano una prestazione lavorativa pari o inferiore al 50% dell'orario normale.

Si tratta di una disciplina che, superando il divieto anche nella prospettiva pubblicistica dei divieti di iscrizione previsti dagli ordini, ha cercato di chiarire come l'esercizio della professione da parte dei dipendenti in parola non debba comunque risultare incompatibile e fissa dei limiti a tale esercizio.

Una simile previsione appare assai interessante per l'intento di legare il divieto a una situazione (quanto meno) di pericolo per il corretto esercizio dell'attività amministrativa. Si tratta pur sempre di regole generali (che fissano presunzioni legali insuperabili) ma che si prefiggono esplicitamente di legare il divieto a situazioni concrete strettamente relazionate all'attività svolta dal pubblico dipendente in quanto tale. Esse però pongono un serio problema di regolazione nel confronto con la disciplina di quei dipendenti che, in base a specifiche previsioni, possono anche svolgere le professioni. Infatti per questi ultimi non valgono quei limiti, con l'assurda conseguenza che il dipendente full time può trarre dalla propria "doppia identità" evidenti vantaggi rispetto al collega a part time ridotto.

Come è noto la disciplina relativa alla possibilità di esercitare la libera professione per i dipendenti a tempo parziale ridotto, non si applica ai soli avvocati, per i quali permane il divieto di iscrizione all'albo in presenza di un rapporto di lavoro subordinato¹⁵⁷.

¹⁵⁷ La Corte Costituzionale che in un primo tempo (sent. 189/2001) aveva dichiarato costituzionalmente legittima la norma che ha ammesso tutti i dipendenti pubblici part time all'iscrizione agli albi professionali, compreso quello degli avvocati, in un secondo tempo (sent. 390/2006) ha ugualmente dichiarato costituzionalmente legittima la norma, di segno opposto, con la quale il Legislatore, con la L.339 del 25 novembre 2003, ha vietato ai dipendenti part-time l'iscrizione al solo albo degli avvocati con la conseguenza di vietare a tale

Qualche incertezza si deve segnalare in riferimento al fatto che, a fronte dei divieti enunciati in maniera assoluta, il Dpr 3/57 pone poi alcune eccezioni, in quanto prevede che specifiche attività possano essere autorizzate dall'amministrazione datrice: il dipendente può fare il perito o l'arbitro ¹⁵⁸, ovvero assumere cariche in enti o società legati all'amministrazione datrice di lavoro. Simili fattispecie, che nella pratica vengono a identificarsi con gli incarichi retribuiti autorizzabili di cui al comma 6 dell'art. 53, risultano tuttavia ricondotti alla disciplina delle incompatibilità assolute dal rinvio contenuto nel comma 1 del medesimo articolo 53.

Diversamente la possibilità di partecipare all'amministrazione di società cooperative si configura come un diritto del dipendente, non sottoposta ad alcuna autorizzazione; quindi con il solo riferimento a tale tipo di società, il pubblico dipendente ha diritto a svolgere attività di amministratore. Tale disposizione pone un serio problema di coerenza. Se infatti alla base dell'istituto delle incompatibilità è la necessità che il dipendente non sia "stressato" o "assorbito" dall'esercizio di attività che implicino il rischio di impresa, la posizione del gestore di una piccola attività commerciale o di una piccola società potrebbe essere meno incompatibile di quella rivestita dal gestore di una grande cooperativa ¹⁵⁹: nè in capo al soggetto verrebbe a configurarsi una differente posizione in merito alla lucrosità della attività in parola, potendo tranquillamente prevedere la gestione della società cooperativa

categoria di pubblici dipendenti la sola professione forense. La Consulta ha infatti ritenuto che il Legislatore nella propria discrezionalità possa attribuire a tale professione caratteri differenti dalle altre, così da giustificare l'evidente disparità di trattamento tra avvocati e altri professionisti. Per una sintetica esposizione, brillantemente polemica, della vicenda diacronica relativa alla successione di pronunce e alle relative argomentazioni, si veda TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA, 2007, p. 1124-1126. Di segno opposto SCARSELLI, *Qualche riflessione sul part time degli avvocati e la crisi dell'avvocatura*, in *Foro italiano*, 2001, I, 3044, che aveva criticato profondamente (ma con riferimento ai soli avvocati) la Consulta per la sent. 189/2001.

¹⁵⁸ PAOLUCCI, *cit*, ritiene che simili attività siano sempre libere: "in considerazione del fatto che gli stessi sono espressione di attività giurisdizionale, costituiscono oggetto di un *munus publicum* per il consulente o perito e che il loro conferimento sorge sulla base di un ordine del giudice al di fuori di ogni rapporti di natura negoziale" (p. 806).

¹⁵⁹ Ad esempio il dipendente che gestisse in proprio un noleggio di videocassette –con basso rischio di impresa, basso investimento e contenutissimo impegno orario- non è certamente più stressato del presidente di una cooperativa ad es. di costruzioni o di servizi, la cui attività può richiedere, in relazione alle dimensioni dell'ente, grosso impegno intellettuale e materiale, oltre ad implicare importanti responsabilità non solo di natura economica.

varie forme di compenso per i propri amministratori. Sinceramente, non pare che la tutela costituzionale riconosciuta al cooperativismo possa giustificare tale differenziazione dal momento che la libera iniziativa economica assume identico rilievo costituzionale e non si vede per quale motivo la seconda debba soccombere rispetto alla prima, indipendentemente da qualsiasi pericolo, anche solo potenziale, per un differente valore costituzionale.

A definire concretamente i caratteri della vietata attività subordinata, commerciale, industriale o professionale di cui ai citati articoli 60 e ss. del Dpr 3/57 si è consolidata la lettura giurisprudenziale secondo la quale nel novero di tali attività vietate rientrano le sole attività caratterizzate da continuità, professionalità e significativa lucrosità, con la conseguenza che una simile lettura delle norme implica che tutte le attività svolte a titolo gratuito non possano rispondere ai requisiti di professionalità ¹⁶⁰.

Appare quindi evidente che in capo al pubblico dipendente, in base alla ricezione delle norme del citato Dpr 3/57, si delinea un regime (relativo alle incompatibilità assolute) in cui si profilano:

- la posizione di diritto soggettivo che permette al dipendente di partecipare all'amministrazione di società cooperative (art. 61 comma 1);
- posizioni di divieto assoluto (e non derogabile), vale a dire non disponibili da parte delle amministrazioni datrici di lavoro: l'esercizio di qualsiasi attività imprenditoriale (esercizio di industria e commercio nonché attività artigianale), e/o l'assunzione di cariche sociali in società costituite a fine di lucro;
- posizioni di divieto relativo, ovvero rimovibile da parte dell'amministrazione di appartenenza tramite apposita autorizzazione: l'assunzione di incarichi amministrativi (di qualsiasi livello) in società o enti la cui nomina è riservata allo Stato (art. 60 seconda parte) l'assunzione del ruolo di amministratore o di sindaco in società controllate dallo Stato o dall'amministrazione di appartenenza (art. 62), la possibilità di svolgere attività di perito o arbitro (art. 61 comma 2)

¹⁶⁰ Abbiamo già sottolineato come la previsione della possibilità riconosciuta dalla legge di svolgere prestazioni lavorative gratuite per le associazioni di volontariato non costituisce altro che una esemplificazione concreta del principio e non una reale eccezione ai doveri in argomento.

– posizioni soggettive regolate da disposizioni speciali, che consentono l'esercizio di libere professioni.

1.2 Le discipline speciali richiamate dal comma 1

Il richiamato art. 53 comma 1, prevede, esplicitamente, che mantengono vigore alcune discipline speciali relative a particolari categorie di dipendenti. Precisamente:

gli articoli 267, comma 1, 273, 274, 508 del D.Lgvo 297 del 1994 ¹⁶¹;

l'articolo 9 commi 1 e 2 della legge 498 del 1992;

l'art. 4 comma 7 della Legge 412 del 1991.

Tali previsioni si riferiscono a specifiche categorie di dipendenti pubblici che consideriamo singolarmente.

a) i docenti delle scuole medie superiori (articoli 267, comma 1, 273, 274, 508 e 676 del D.Lgvo 297 del 1994).

La disciplina richiamata dagli articoli 267, comma 1, 273, 274, 508 e 676 del D.Lgvo 297 del 1994 (Approvazione del Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione relativo alle scuole di ogni ordine e grado, in G.U. 115 del 19.5.1994, S.O.), si riferisce al personale docente della scuola.

Le disposizioni contenute negli articoli 267, 273 e 274 prevedono che, previa autorizzazione sia possibile ai conservatori stipulare contratti di collaborazione con dipendenti di enti lirici o di altre istituzioni di produzione musicale. La possibilità pare estesa anche alle accademie di belle arti. La norma prevede che, per tali enti e nei casi indicati, si possa pervenire alla stipula di contratti biennali rinnovabili alla scadenza.

Di maggiore portata è invece la previsione di cui all'art. 508. Dopo aver stabilito i limiti entro i quali il personale docente (con esclusione di quello direttivo e ispettivo) può dare lezioni private, la norma ripropone i divieti previsti dal Dpr 3/57; infatti si riproducono quasi testualmente le previsioni relative all'incumulabilità di impieghi pubblici, il divieto di svolgere attività industriale, commerciale e professionale o di assumere impieghi pubblici e

¹⁶¹ In vero la norma richiama anche l'art. 676 del D.lgvo 297/94, che tuttavia contiene soltanto un elenco di abrogazioni connesse con l'entrata in vigore del medesimo testo unico.

privati, nonchè cariche in società costituite a fine di lucro (con l'eccezione delle sole cooperative). L'art. 508 inoltre ripropone la medesima procedura in caso di violazione del divieto da parte del dipendente e specifica l'indipendenza della eventuale azione disciplinare in caso il docente venga meno al dovere di esclusività.

L'unico elemento distintivo di rilievo è costituito dalla previsione che ammette il personale docente, previa autorizzazione, *“all'esercizio delle libere professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti alla funzione docente e siano compatibili con l'orario di insegnamento e di servizio”* (comma 15).

L'art. 508 individua, anche con riferimento allo specifico della scuola, soggetti e procedure finalizzate a contestare gli eventuali rifiuti dell'autorizzazione ¹⁶².

Di fatto dunque la disciplina specifica del personale docente si riduce alla riconosciuta facoltà di fornire lezioni private (seppure non a studenti del proprio istituto, per evidenti ragioni di opportunità) informando il preside dell'identità dei beneficiari dell'attività privata.

L'art. 48 della L. 144 del 1999 ha esteso, con i necessari aggiustamenti, la disciplina in parola ai docenti dipendenti dagli enti locali.

b) i dipendenti degli enti lirici (articolo 9 commi 1 e 2 della legge 498 del 1992).

In base alla previsione dell'art. 9, commi 1 e 2, della L. 498/1992 il personale dipendente a tempo indeterminato degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche, sia esso amministrativo tecnico o artistico, si trova in posizione di incompatibilità con qualsiasi altro lavoro dipendente, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto datore.

¹⁶² In proposito vale la pena osservare che il tenore letterale della norma fissa i limiti entro i quali deve essere concessa l'autorizzazione e ciò fa sì che essa sia dovuta, salvo che in fatto risultino venir meno le condizioni previste dalla legge. In tal senso appare del tutto pretestuoso affermare che l'autorizzazione all'esercizio della professione sia rilasciata ai soli docenti il cui insegnamento è strettamente collegato alla professione che intendono svolgere. Una simile interpretazione (dell'amministrazione e di certa dottrina) si basa sull'idea che la specialità in parola sia ispirata al fatto che l'attività professionale –a causa delle notevoli competenze culturali necessarie per svolgerla- può avere positive ripercussioni sull'attività didattica. La citata ricaduta sarebbe impossibile se le competenze fossero tra loro non affini (ad esempio un insegnante di educazione fisica che intende svolgere la professione di avvocato o di geometra). La giurisprudenza tuttavia opta per una interpretazione letterale e restrittiva della disposizione di legge.

Rispetto alla disciplina comune si nota che l'incompatibilità è riservata al solo personale a tempo indeterminato e che tale incompatibilità è limitata allo svolgimento della sola attività subordinata verso altro soggetto.

Il comma successivo, e qui sta il vero tratto di specialità, stabilisce che chi si trovasse in una situazione di incompatibilità può optare per la trasformazione del rapporto in rapporto a tempo determinato di durata biennale.

A dire il vero il tenore letterale della norma è poco felice, in quanto si pone la necessità di distinguere tra due ipotesi.

La prima implicherebbe che a tali dipendenti non si applichino le previsioni di cui agli artt. 60 e 62 del 3/57 e una simile lettura sarebbe sostenibile in quanto, diversamente, la previsione sarebbe soltanto una ridondante ripetizione di quanto già previsto. Diversamente si potrebbe sostenere che il divieto di assumere incarichi di lavoro subordinato presso altri soggetti sia da riferirsi al solo personale con contratto a tempo indeterminato, restando possibile per il personale con contratto a termine.

E' evidente che simili interpretazioni offrono comunque il fianco a critiche di irragionevolezza, anche in considerazione del fatto che risulta pressochè impossibile evidenziare quale possa essere la ratio della specialità prevista dalla norma ¹⁶³.

Il solo dato effettivamente rilevante in merito alla categoria di personale in parola è costituita dal comma 2 che permette una opzione di trasformazione del rapporto a tempo determinato, mentre per il restante personale la mancata cessazione dell'incompatibilità dopo la diffida importa la decadenza dall'impiego.

La esplicita citazione dei commi 1 e 2 dell'art. 9 cit. porta ad escludere la sopravvivenza del comma 3, che deve pertanto ritenersi abrogato in quanto incompatibili con la successiva disciplina relativa all'autorizzazione degli incarichi extraistituzionali di cui all'art. 53.

c) *il personale sanitario* (art. 4 comma 7 della Legge 412 del 1991).

¹⁶³ Non convince l'ipotesi di leggere la norma come un incentivo per questi dipendenti a lasciare l'impiego pubblico, in quanto l'eventuale utilità costituita dai possibili risparmi non è legata soltanto a questa limitata categoria.

La norma afferma il principio della unicità del rapporto di lavoro con il SSN e l'incompatibilità con altri rapporti di lavoro dipendente ovvero con ulteriori rapporti anche convenzionali con il medesimo SSN.

La norma afferma quindi l'incompatibilità *“con l'esercizio di altre attività o con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso”*. Si specifica inoltre che l'avvio dell'accertamento può avvenire *“su iniziativa di chiunque vi abbia interesse”*.

Al di là del fatto che la disciplina dell'attività professionale del personale medico è stato oggetto di ripetuti interventi ¹⁶⁴, è significativo osservare come il generale divieto di svolgere attività ultronee rispetto a quella oggetto del rapporto tra medico e SSN appare come riconducibile al generale principio della non concorrenza: infatti anche la titolarità o partecipazione in quote di imprese è vietata non in assoluto, ma nella misura in cui possa configurare conflitto di interessi.

1.3. Il profilo sanzionatorio

Abbiamo già visto ¹⁶⁵ come l'individuazione delle sanzioni previste in caso di violazione dei divieti relativi alle incompatibilità assolute costituiscano un significativo problema in termini di coordinamento tra differenti fonti normative formalmente vigenti e contrastanti tra loro, data l'inconciliabilità tra la decadenza (e la relativa procedura) e il licenziamento per giusta causa.

Richiamando gli aspetti che abbiamo già trattato e la soluzione adottata dalla Cassazione, dobbiamo soffermarci nuovamente sulla sentenza n. 967 del 2006, pronunciata dalla Sezione Lavoro della Suprema Corte ¹⁶⁶.

Abbiamo già visto che la decisione ha optato per la vigenza dell'articolo 63 del Dpr 3/57, e ha ritenuto pertanto che l'art 53 comma 1 *“sia pure con formulazione imperfetta, ha sancito una vera e propria estensione a tutti i*

¹⁶⁴ La specifica disciplina relativa al personale sanitario è oggi definita dal D.Lgvo 502 del 1991 e dalle successive modifiche e integrazioni.

¹⁶⁵ Cfr. Cap. II

¹⁶⁶ La sentenza è pubblicata in *Foro Italiano* 2006, 2346 ss. con nota di PERRINO.

dipendenti pubblici contrattualizzati e non, compresi quelli per i quali vigeva un precedenza una disciplina speciale (...), della disciplina delle incompatibilità dettata dal testo unico degli impiegati civili dello Stato agli articoli 60 e seguenti”, anche se poi riconosce che il regime giuridico del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ricompreso nella contrattualizzazione resta profondamente differenziato da quello del lavoro in regime di diritto pubblico in quanto nel secondo caso l’estinzione del rapporto lavorativo deriverebbe da un provvedimento amministrativo, mentre nel primo l’istituto della decadenza resterebbe tra “i comportamenti di gestione del rapporto di lavoro e l’atto di diffida, trascorsi 15 giorni determina la risoluzione automatica del rapporto.”.

Sul piano teorico la Corte sottolinea che *“la decadenza non ha natura sanzionatoria nè disciplinare, nè è la conseguenza di un inadempimento, bensì scaturisce dalla perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che, se fossero mancati ab origine, avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro”.* Successivamente afferma che, con riferimento alla fattispecie concreta (assunzione di carica sociale in società costituita a fine di lucro), rientrando pacificamente tra quelle assolutamente incompatibili, tale comportamento viene *“considerato quale elemento oggettivo e automatico atto a perpetrare l’incompatibilità, senza che necessiti una valutazione sulla intensità dell’impegno o sui riflessi negativi riscontrabili sul rendimento nel servizio e sull’osservanza dei doveri d’ufficio, equiparando la legge l’ipotesi all’esercizio di attività industriali e commerciali”.* Secondo il Giudicante l’estensione della disciplina al personale privatizzato sarebbe giustificata, sul piano sistematico, dalla specialità del rapporto di lavoro contrattuale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Sono rilevanti le implicazioni delle affermazioni presenti nella sentenza.

Innanzitutto l’affermazione da ultimo riportata, relativa alla specialità del rapporto di lavoro contrattuale pubblico, lascia intendere l’adesione da parte del Collegio di legittimità a due principi di grande rilievo. Il primo è relativo alla natura pubblicistica dell’istituto della decadenza: in buona sostanza la Corte afferma che la decadenza (e la precedente diffida) è istituto assolutamente tipico (non riconducibile nè all’ambito dell’esercizio del potere disciplinare nè, in senso più lato, a quello sanzionatorio) e di natura

pubblicistica. In secondo luogo, essa sottolinea che l'estensione di tale istituto pubblicistico al personale contrattualizzato è giustificata dalla specialità del rapporto contrattuale dei pubblici dipendenti.

Insomma la Corte sostiene che l'estensione a tutto il personale dell'istituto implicherebbe una sostanziale attrazione del personale privatizzato nell'ambito della regolazione pubblicistica del rapporto, tipica del personale che ha mantenuto il regime pre-riforma.

Abbiamo già visto che una simile impostazione potrebbe trovare giustificazione in una delle possibili interpretazioni della riserva di legge formulata dall'art. 2 comma 1 lettera c) della Legge delega 421/92, che esprimerebbe la volontà di mantenere al sistema pubblicistico la disciplina in parola. Nonostante l'autorevolezza della Cassazione, non appare condivisibile la soluzione adottata, che si pone in rotta di collisione con l'impianto della riforma, e potrebbe essere contraddetta in base alle considerazioni già formulate al capitolo secondo.

Oltre a quanto appena esposto, appare particolarmente difficile ricondurre la decadenza, così come prospettata, alla gestione dei rapporti con i poteri del privato datore di lavoro in considerazione del fatto che essa viene a coincidere con l'effetto automatico della diffida, costituito dalla cessazione del rapporto di lavoro allo scadere del quindicesimo giorno.

Non è un caso che, al fine di giustificare una simile impostazione, la Corte debba escludere la natura disciplinare e/o sanzionatoria della decadenza, aderendo ad una giurisprudenza amministrativa, costante prima della riforma. Tale giurisprudenza affermava, tra l'altro, la assoluta necessità della diffida preventiva e concludeva che, in sua assenza, tutta la procedura (e segnatamente l'effetto estintivo finale) sarebbe risultata nulla ¹⁶⁷. Soprattutto quello che non convince, con riferimento ad un rapporto privatizzato la cui costituzione si fonda su un normale contratto (di diritto comune), è l'idea che gli effetti di tale contratto possano venir meno a prescindere dalle modalità concrete della sua esecuzione, ovvero dal verificarsi di qualche causa estintiva.

¹⁶⁷ Si tratta di orientamento consolidato e confermato da Corte di Cassazione, S.U., sent. n. 3477 del 1994. Altrettanto consolidato è l'orientamento che ritiene che l'efficacia dell'atto che dichiara la decadenza decorra a partire dal quindicesimo giorno successivo alla diffida non ottemperata dal dipendente: C.S. VI, n. 782 del 25.11.1969.

La Corte afferma che il rapporto viene meno con il venir meno dei requisiti di indipendenza e totale disponibilità, che se fossero originariamente mancati avrebbero impedito la costituzione *ab origine* del rapporto. Ma simili requisiti nulla hanno a che vedere con la comune costituzione di un contratto destinato a produrre effetti nel tempo; esso, con riferimento alla sua durata e alla sua esecuzione, è condizionato, ai fini della propria conservazione, dalla permanenza dei requisiti di validità previsti dalla legge e dalla concreta realizzazione dei comportamenti che ne costituiscono l'oggetto. Solo in assenza dei primi o di inadempimento dei secondi potrà eventualmente essere annullato o risolto. Nè può parlarsi di nullità del contratto, che è sottoposta a precise condizioni legali, nè la ipotesi di "impossibile costituzione" del rapporto formulata dalla Corte è riconducibile a nessuna delle ipotesi di annullamento previste dall'ordinamento.

Apparentemente, si potrebbe fare riferimento all'istituto dell'annullamento per errore sulle qualità del contraente ¹⁶⁸. In tal caso si dovrebbe sostenere che il soggetto individuato per la stipula del contratto ¹⁶⁹ avesse agli occhi del datore stipulante il requisito della assoluta e totale mancanza di altre attività, e che quindi il perfezionando contratto avrebbe presentato il requisito della esclusività. Un requisito da ritenersi essenziale per il contraente pubblico. E' tuttavia evidente che una simile ricostruzione non convince per due fondamentali motivi: in primo luogo, non si parla di qualità soggettive del contraente, ma di suoi comportamenti che, come tali, sono riconducibili all'adempimento dell'obbligazione; in secondo luogo, poichè comunque l'obbligazione sorge solo col perfezionamento del contratto, consegue logicamente che l'eventuale violazione dell'obbligo di esclusività non potrà essere configurabile altrimenti che come inadempimento contrattuale, passibile di risoluzione ma non di nullità o, addirittura, come sembrerebbe prefigurare il giudice di legittimità, di inesistenza.

¹⁶⁸ In generale sul tema dei vizi del consenso GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, pag. 937 ss e GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, II, 1, pag. 287 ss

¹⁶⁹ In proposito rileva osservare che ai fini della stipula del contratto di lavoro pubblico il requisito essenziale in capo al soggetto privato è che egli risulti destinatario della proposta contrattuale in seguito ad una regolare procedura pubblica, nell'ambito della quale si valuta comparativamente la sua idoneità a svolgere le mansioni dedotte nel perfezionando contratto.

Alla luce di quanto osservato appare evidente che la sentenza in parola, dopo aver formulato la propria “sistemazione” della materia – consapevole della sua “stravaganza” rispetto alla disciplina dei contratti- deve ricorrere alla specialità del rapporto di lavoro pubblico per giustificare una simile ricostruzione.

Ciò è del tutto privo di fondamento legislativo; una sorta di “commistione” tra pubblico e privato viene così a essere suggerito, con la conseguenza di riproporre il dibattito sulla natura del contratto che legava i pubblici impiegati allo Stato sviluppatosi nel primo Novecento, prima della definitiva sistemazione dell’assetto pubblicistico della disciplina ¹⁷⁰. Tuttavia una simile discussione oggi sarebbe priva di ogni fondamento dal momento che non può sussistere alcun dubbio sul fatto che l’ordinamento riconduce la relazione lavorativa con le pubbliche amministrazioni al contratto di lavoro comune che ne risulta essere la fonte costitutiva (e fondamentalmente anche la principale fonte regolatrice).

In fondo, la principale – e a mio avviso radicale- critica che si può muovere alla sentenza n. 967/06 è proprio quella di aver affrontato la delicata materia ricorrendo a categorie pubblicistiche, che difficilmente si adattano al nuovo sistema.

La decisione in parola, pur senza richiamarlo esplicitamente, ha ben presente un ulteriore problema. Come è noto la Corte Costituzionale ha seriamente messo in discussione la legittimità costituzionale di cause automatiche di estinzione del rapporto di lavoro pubblico. Sul piano sistematico non mi pare inconferente ricordare la pronuncia della Consulta che ha espunto dall’ordinamento, per contrarietà ai principi generali, le disposizioni che stabilivano la automatica cessazione dei rapporti di lavoro in caso di condanna penale ¹⁷¹. E’ vero che in quella fattispecie si pone il rapporto tra decadenza

¹⁷⁰ Cfr BATTINI, cit., pagg. 197-288.

¹⁷¹ La Corte Costituzionale, con sentenza 971/88 ha dichiarato incostituzionale l’art. 85, lettera a) del Dpr 3/57, che prevedeva la cessazione del rapporto di lavoro pubblico per destituzione senza procedimento disciplinare in conseguenza di una condanna penale. Ancora in epoca in cui il pubblico impiego era sottoposto a regolazione pubblicistica, la Corte ha affermato la carenza di “*legittimità costituzionale di tale normativa per la rigidità della massima sanzione espulsiva, senza cioè che attraverso il procedimento disciplinare sia possibile operare, nella misura della sanzione, alcuna graduazione riferita al caso concreto: in tal modo verrebbero a esser vulnerati, oltre la tutela del lavoro (artt. 4 e 35) e del buon andamento amministrativo (art. 97), i principi fondamentali di ragionevolezza chiaramente desumibili dall’art. 3 Cost.*”. La Corte ha affermato il principio secondo cui “*L’indispensabile gradualità sanzionatoria, ivi compresa la misura massima destitutiva, importa - adunque - che le valutazioni relative siano*

automatica e esercizio del potere disciplinare da parte delle amministrazioni, ma è altrettanto vero che, al di là della qualificazione nominalistica per cui la sentenza n. 976/06 si premura di affermare la alterità dell'istituto in parola rispetto all'esercizio del potere disciplinare (e addirittura nega che la decadenza in parola abbia rilievo genericamente sanzionatorio ¹⁷²), aderendo alla ricostruzione effettuata dalla Sezione lavoro verremmo a trovarci sostanzialmente (e soprattutto quanto ad effetti concreti) di fronte ad un automatismo assai simile a quello dichiarato incompatibile con l'ordinamento ¹⁷³.

La Consulta, anche nel mutato sistema e con specifico riferimento agli incarichi dirigenziali, ha confermato, nei confronti dei meccanismi automatici di estinzione del rapporto di lavoro pubblico, la propria valutazione di non conformità con la Carta Costituzionale ¹⁷⁴.

ricondotte, ognora, alla naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare, in difetto di che ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale ex art. 3 Cost.” e ha quindi concluso “va dichiarata pertanto l’illegittimità costituzionale dell’art. 85 lett. a) d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e dell’art. 236 delle norme per gli enti locali nella Regione siciliana di cui al d.l.p. 29 ottobre 1955 n. 6, nella parte in cui in luogo del mero provvedimento di destituzione di diritto non prevedono l’esperimento del procedimento disciplinare”. Dalla sentenza è derivata la riforma della materia prima con l’emanazione della legge n. 91/90 e poi con quella della legge n. 97/2001. Al di là delle definizioni nominalistiche, la Corte ha affermato principi che ineriscono l’illegittimità delle clausole automatiche di cessazione del rapporto lavorativo pubblico, che risultano sostanzialmente riferibili anche alla materia che ci occupa. Sul rapporto tra processo penale e procedimento disciplinare con riferimento alla disciplina di cui alla L. 97/2001 MAINARDI, // potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106, nel Commentario al codice civile fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, pag. 509 ss.

Indubbiamente una riflessione sul tema dovrà tenere conto delle novità introdotte in materia dal D.Lgvo 150/2009.

¹⁷² In ciò aderendo al consolidato orientamento formatosi quando il pubblico impiego era regolato in termini pubblicistici. Cfr. C.S., Ad.Pl., Par. n. 22 del 12.2.1959 (secondo cui la cessazione del rapporto di impiego “non ha nessun carattere disciplinare”); C.S., sent. 39 del 31.1.1967 (secondo la quale l’art. 65 del Dpr 3/57 “trattasi non di disposizione a carattere sanzionatorio nè di una previsione a carattere disciplinare, bensì di un meccanismo automatico al quale deve conseguire da parte dell’amministrazione interessata solo una attività ricognitiva”); C.S. VI n. 105 del 14.3.1975 (l’art. 65 in parola “non contiene disposizioni a carattere sanzionatorio nè previsioni di natura disciplinare”).

¹⁷³ Probabilmente analoghe riflessioni hanno mosso NOVIELLO TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, pag. 156 a sostenere che l’applicabilità dell’art. 1, comma 60 della L. 662/96 dovesse essere comunque sottoposta al controllo giurisdizionale. Cfr anche TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in LPA 2007 pag. 1099.

¹⁷⁴ In proposito la Corte, con le sentenze n. 103/2007 e n. 351/2008, ha formulato e poi confermato il proprio orientamento nei confronti dei meccanismi automatici di estinzione degli incarichi dirigenziali di diretta nomina politica, introdotti con il sistema dello *spoil system*. Sul

In parte le osservazioni ora formulate sono riferibili anche alla disciplina ritenuta abrogata dalla Corte, che non è immune da serie critiche.

Essa, al fine di conseguire il medesimo effetto della cessazione del rapporto lavorativo ne suggeriva l'assimilazione a categorie privatistiche (certamente più conformi alla riforma) anziché pubblicistiche.

Infatti dispone che la violazione dei doveri connessi all'incompatibilità implichi, quale sanzione nei confronti del personale privatizzato, il recesso per giusta causa. E' evidente che una simile previsione legislativa suona come "originale" in quanto definire la fattispecie prospettata come una previsione legale di giusta causa di recesso ¹⁷⁵ non risulta soddisfacente. Una simile ipotesi infatti implica una forzatura che, al fine di assicurare all'istituto una certa coerenza (nominalistica), viene a determinare un non sense sostanziale rispetto alla riforma di privatizzazione.

E' infatti il concetto di giusta causa a risultare forzato. La previsione dell'art 2119 c.c. fornisce della giusta causa una definizione astratta che necessita poi di essere rapportata al comportamento effettivo di uno dei due contraenti; occorre cioè verificare in concreto se il comportamento contestato sia effettivamente tale da "*non permettere neppure provvisoriamente*" la prosecuzione del rapporto. Occorre cioè chiedersi se, nel caso di specie, si tratta di un comportamento tale da recidere in radice la necessaria fiducia che il soggetto adempiente deve avere in merito all'esatto adempimento dell'altro contraente ¹⁷⁶.

tema SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 1/2009, pagg. 77-92.

¹⁷⁵ Cfr. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000 pag. 604

¹⁷⁶ In proposito vale la pena richiamare la discussione relativa alla portata dei comportamenti extralavorativi del dipendente, fermo restando che il contenuto dell'obbligazione è costituito dalla corretta e puntuale esecuzione della prestazione lavorativa.

Il rilievo dei comportamenti extralavorativi sulla prosecuzione del rapporto di lavoro sono da ricondurre al concetto e all'estensione che si attribuisce alla portata dell'art. 2119 c.c. Sul tema vale la pena ricordare il lungo ed intenso dibattito dottrinale, sinteticamente ricostruito da PISANI, *Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento in Il lavoro subordinato* a c. di CARINCI, tomo III, pagg. 81- 116, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol XXIV, nel quale ci si è chiesto se la impossibilità a proseguire il rapporto "anche provvisoriamente" sia da intendersi come unica conseguenza della gravità dell'inadempimento del lavoratore (maggiore rispetto a quello che giustifica il licenziamento con preavviso) ovvero si possa intendere connesso alla lesione del requisito di fiducia che il datore deve comunque avere nei confronti del dipendente. Il richiamo all'elemento genericamente fiduciario ha portato con sé il problema delle eventuali conseguenze sul rapporto di lavoro anche di condotte

Nel caso dell'istituto di cui stiamo parlando è difficile poter sostenere (anche nell'ambito di una *fictio iuris*) che venga meno tale affidamento datoriale rispetto all'esecuzione della prestazione lavorativa da parte del dipendente responsabile di svolgere attività (assolutamente) incompatibile.

Infatti, se l'attività svolta illegittimamente non risulta contrastante rispetto a quella svolta nell'ambito del rapporto lavorativo e, in concreto, il dipendente ha adempiuto in maniera diligente la prestazione lavorativa pare difficile riconoscere nella fattispecie i requisiti necessari perchè il fatto esterno al rapporto lavorativo possa integrare gli estremi della giusta causa. In sostanza è assai probabile che, ferma la mancanza di relazione tra le due attività e data l'assenza di qualsiasi forma di inadempimento, la situazione di incompatibilità si protraesse già da tempo, con la conseguenza che nell'esame del singolo caso non appare facilmente sostenibile la cesura dell'affidamento del datore rispetto alla attesa di una esatta futura esecuzione della prestazione.

Ma la principale ragione che spinge a ritenere non coerente con il sistema privatizzato la sanzione del recesso per giusta causa *ex lege* è costituita dal fatto che la previsione legislativa di un simile effetto estintivo automatico implicherebbe la sottrazione della vicenda al sindacato del Giudice. Infatti quest'ultimo si troverebbe nella condizione di potere annullare il recesso soltanto qualora venisse meno il presupposto in fatto (cioè l'assunzione di un incarico assolutamente incompatibile) mentre non avrebbe alcun potere di valutare la riconducibilità del comportamento del lavoratore alla previsione dell'art. 2119 c.c.; soprattutto non avrebbe il potere di operare quella valutazione della gradualità e della proporzionalità tra comportamento

extralavorative, che di per sè non sono riconducibili ad una sanzionabilità connessa all'inadempimento da parte del dipendente. Al fine di ricreare il legame tra l'obbligazione dedotta in contratto e il comportamento del singolo lavoratore, tale nozione di fiducia risulta slegata dalla valutazione di elementi personalistici per appuntarsi sulla fiducia intesa come affidamento del creditore che la prestazione verrà eseguita anche in futuro in maniera corrispondente al suo interesse, in forza di una estensione dell'ambito di applicazione delle previsioni dell'art. 1564 c.c. in materia di contratto di somministrazione.

A fronte del cennato dibattito si colloca un orientamento giurisprudenziale sostanzialmente consolidato che, utilizzando il criterio della "lesione del vincolo fiduciario" come rilevante per la prosecuzione o meno del rapporto lavorativo, perviene a soluzioni decisamente non uniformi nella valutazione dei casi concreti: per una casistica, oltre al citato PISANI, pagg. 124-126. Si veda anche DIAMANTI, *sub art. 2118* e *sub art. 2119*, in GRANDI PERA, cit..

ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano 2003, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da SCHLESINGER, sottolinea come il comportamento tenuto dal lavoratore nella vita privata o comunque al di fuori del luogo di lavoro implichi responsabilità verso il datore soltanto "quando interferisca con la sua prestazione lavorativa o comunque pregiudichi la possibilità di una serena e proficua prosecuzione della collaborazione tra le parti" (p. 476).

denunciato e sanzione comminata, che costituiscono uno dei principi sostanziali della disciplina dei rapporti di lavoro e delle garanzie del lavoratore¹⁷⁷.

Proprio con riferimento a tali considerazioni si sono venute a creare in giurisprudenza posizioni che, al di là delle specifiche statuizioni, evidenziano l'esposta incongruità¹⁷⁸.

La prima opzione pone problemi di legittimità costituzionale in relazione agli automatismi risolutivi, analoghi a quelli appena esposti a proposito della decadenza, mentre la seconda, condivisibile nella sostanza in quanto fa riferimento al sistema del controllo giurisprudenziale sull'esercizio del potere disciplinare del datore privato (in ossequio all'art. 5 comma 2 del D.Lgvo 165/01) risulta però poco conciliabile con il dettato della norma che applica l'indicata sanzione e giunge a forzarla.

Inoltre, sul piano pratico, aderendo alla scelta sanzionatoria prevista dalla L. 662/96, ci si trova di fronte ad un'ulteriore incongruenza: la scelta dell'estinzione del rapporto per giusta causa infatti dovrebbe risultare automatica in concomitanza col verificarsi della situazione di incompatibilità,

¹⁷⁷ Che la proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni disciplinari sia un principio cardine del sistema di garanzie del lavoratore e trovi il suo fondamento nel dettato dell'art. 2106 c.c. non può essere messo in discussione. Sul tema, DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in *Il lavoro subordinato* a c. di CARINCI, tomo II, pagg. 305 ss, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol XXIV. Per una sintesi delle posizioni giurisprudenziali, ALESSE, sub Art. 2106, in GRANDI PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, pag. 490 ss. Per un'ampia analisi del tema alla luce del dibattito dottrinale si veda MAINARDI *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106, cit.*, pagg. 307-331.

¹⁷⁸ La giurisprudenza è incerta: Tribunale di Roma, sez. lav. 16 aprile 2003 n. 14859 afferma "in caso di licenziamento senza preavviso intimato dalla pubblica amministrazione per accertata violazione da parte del dipendente pubblico della disciplina delle incompatibilità sancita dall'art. 1 co. 60 e 61, l. 23 dicembre 1996 n. 662, il giudice dovrà solo limitarsi ad accertare l'esistenza dei presupposti posti a base del provvedimento disciplinare, non competendo allo stesso una valutazione sulla congruità o meno della sanzione irrogata"; contra Tribunale di Salerno "in caso di licenziamento senza preavviso intimato dalla pubblica amministrazione per accertata violazione da parte del pubblico dipendente della disciplina delle incompatibilità sancita dall' art. 1 co. 60 e 61, l. 23 dicembre 1996 n. 662, il giudice adito, in applicazione dei principi di gradualità e proporzionalità, ben può effettuare una valutazione di congruità o meno della sanzione espulsiva irrogata". Entrambe in APICELLA, CURCURUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005.

Anche secondo Tribunale di Firenze, sent. 10.1.2005 la valutazione di pregiudizialità della sanzione è sottratta al giudice perchè "già operata in astratto dal legislatore e comunque risulta vincolante per l'interprete a prescindere dal caso concreto", in LPA, 2005 p. 901 con nota di PIERI, che richiama anche Tribunale di Salerno, ord. 23.6.2000 e Tribunale di S. Maria Capua Vetere, ord. 13.7.2001, entrambe di segno opposto.

ma qualora il lavoratore abbia già posto fine alla illecita situazione che accade? Infatti si verrebbe a realizzare una assurda diversità del trattamento riservato al dipendente contrattualizzato, il cui rapporto sarebbe comunque risolto *ex lege*, rispetto a quello riservato al dipendente non contrattualizzato. Quest'ultimo, infatti, una volta diffidato potrebbe comunque interrompere la situazione incompatibile e determinare così la conservazione del rapporto.

Tale ultima incongruenza risulta indirettamente confermata dalla Suprema Corte. Infatti risulta necessario segnalare che con la sentenza 15397 del 1 luglio 2009 la Cassazione ha esplicitamente confermato la propria adesione ai principi enunciati dalla sentenza 967/06, ribadendo in particolare che “*l'istituto della decadenza (...) siccome attinente alla materia delle incompatibilità è estranea all'ambito delle sanzioni e delle responsabilità disciplinare di cui all'art. 55 dello stesso testo normativo*”. Partendo da tale principio la Corte giunge a concludere *ex adverso* per l'applicabilità della sanzione disciplinare (e della relativa procedura, essenziale per la validità della sanzione) ad un dipendente pubblico contrattualizzato titolare di due rapporti di lavoro pubblici che, una volta diffidato, aveva fatto “*quanto nella sua possibilità per far cessare la denunciata incompatibilità*”¹⁷⁹. Ulteriore conferma nella sentenza n. 18608 del 21 agosto 2009¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Il caso di specie riguardava il docente di un conservatorio che avendo avuto un incarico quale dipendente presso un secondo conservatorio, una volta diffidato, si era attivato per far cessare la situazione di incompatibilità optando per il primo impiego e conservando il secondo solamente per il tempo strettamente necessario a far trascorrere il preavviso tempestivamente comunicato. E' questa circostanza che fa affermare alla Suprema Corte che essendo rimasto alle dipendenze del secondo datore di lavoro pubblico “*unicamente per rispettare il termine di preavviso*” il lavoratore ha optato per rimanere alle dipendenze del primo datore “*facendo venir meno la situazione di incompatibilità*”. Conseguentemente, venendo meno i presupposti legittimanti la decadenza ex art. 60 DPR 3/57, il dipendente rimasto al servizio della propria amministrazione è sottoposto al potere disciplinare di quest'ultima nell'esercizio del quale vanno rispettate le procedure (nella specie la Corte ha confermato la sentenza di appello, a sua volta confermativa di quella di primo grado, che aveva annullato il licenziamento intimato per non avere il lavoratore ottemperato alla diffida a cessare dalla situazione di incompatibilità/cumulo di incarico in quanto non supportata da una valida procedura disciplinare).

¹⁸⁰ “*(...) l'istituto della decadenza per incompatibilità nel rapporto di lavoro pubblico e i suoi rapporti con il procedimento disciplinare e le relative sanzioni sono già stati oggetto di disamina da parte della giurisprudenza di questa Corte (cfr., Cass., n. 967/2006), dai cui approdi ermeneutici non ravvisa ragione per discostarsi*” Cass., sez. lav., sent. n. 18608 del 2009.

2. L'incompatibilità relativa

Con riferimento alla disciplina precedente la riforma, le attività che non presentavano le caratteristiche per risultare incompatibili erano, all'atto pratico, "consentite in fatto" o, al massimo, potevano dare adito a sanzioni disciplinari (certamente non espulsive) qualora costituissero infrazioni di tale natura, foss'anche soltanto per violazione di generici doveri d'ufficio. L'art. 53, una volta ribadita la vigenza della disciplina relativa alle incompatibilità assolute, dispone (forse anche per ovviare al vuoto appena richiamato) che per essere lecita ogni attività lavorativa, estranea o ulteriore rispetto alla prestazione contrattuale, comporti il versamento di un corrispettivo a favore del dipendente pubblico deve essere preventivamente autorizzata. Il conseguente potere autorizzatorio spetta alle singole pubbliche amministrazioni, cioè ai singoli datori di lavoro pubblici, che sono pertanto tenuti a prefissare i criteri cui si atterranno per concedere tali autorizzazioni ai propri dipendenti.

Una simile disposizione, come abbiamo già segnalato, attribuisce al singolo datore di lavoro pubblico un vero e proprio potere il cui esercizio ha come limite sia positivo sia negativo quello di assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa. In concreto l'articolo 53, nel delineare la disciplina degli incarichi retribuiti, finisce con dedicare grande attenzione ad una serie di obblighi di comunicazione da parte delle amministrazioni al Dipartimento della Funzione pubblica. Tale circostanza rivela che, con riferimento all'istituto in parola, il legislatore è fondamentalmente interessato a garantire quel monitoraggio della spesa pubblica che abbiamo già evidenziato al capitolo secondo e che risulta, sia storicamente sia sostanzialmente, del tutto estraneo al tema delle incompatibilità nel pubblico impiego.

A conferma e chiarimento di quanto appena affermato richiamiamo brevemente tali procedure¹⁸¹.

¹⁸¹ Cfr. PAOLUCCI, cit., p. 818 ss e D'APONTE, cit., p. 551 ss. In particolare ci si è chiesti quali siano gli eventuali limiti e le esclusioni in riferimento a simili previsioni di tipo burocratico-amministrativo in relazione alle attività non soggette ad autorizzazione. In considerazione della formulazione letterale delle norme, la Cassazione ha affermato che la comunicazione relativa ai compensi corrisposti ai pubblici dipendenti grava su tutti i soggetti che abbiano versato tali somme anche con riferimento alle attività per lo svolgimento delle quali l'impiegato non è tenuto a chiedere l'autorizzazione (Cass. Lav., n. 20380/2008 e n. 21029/2008; la Corte ha affermato la validità di cartelle emesse dall'Agenzia delle entrate nei confronti di una Assicurazione che si era avvalsa di consulenze di medici dipendenti dall'INAIL per prestazioni che, *ratione temporis*, non necessitavano di autorizzazione).

2.2 Le previsioni dell'art. 53, commi 11 e seguenti: l'anagrafe delle prestazioni.

La norma prevede che tutti i soggetti che hanno conferito (e pagato) incarichi a dipendenti pubblici debbano comunicare annualmente alle amministrazioni datrici di lavoro di questi ultimi i compensi erogati (comma 11). Quindi, al comma 12, prevede che le singole amministrazioni debbano comunicare annualmente al Dipartimento della funzione pubblica i compensi da loro corrisposti (o a loro comunicati da altri soggetti) ai dipendenti e gli incarichi attribuiti. La trasmissione deve essere accompagnata da una relazione che indichi i criteri seguiti nell'assegnazione degli incarichi, nonché la rispondenza di questi ultimi al buon andamento dell'azione amministrativa, con l'indicazione di modalità finalizzate al contenimento della spesa. La norma impone la trasmissione della dichiarazione anche in assenza di assegnazione di incarichi e il contenuto del comma 13 è sovrapponibile a quello del comma 12. In vero i successivi commi da 14 a 16-bis confermano in pieno l'esigenza in parola e in particolare prevedono un regolare controllo da parte del Dipartimento e tramite questo da parte del Parlamento, sugli incarichi di consulenza (in termini di comunicazione di soggetti prescelti e delle somme corrisposte) che ogni amministrazione ha attribuito a collaboratori esterni, all'esplicito e dichiarato fine di garantire trasparenza e di perseguire il contenimento della spesa per tale tipo di incarichi e la razionalizzazione dei criteri del loro conferimento. Inoltre alle amministrazioni inadempienti è fatto divieto di conferire incarichi fino alla regolarizzazione della loro posizione (comma 15).

Insisto su questo aspetto che pure sul piano del rilievo pratico è stato in gran parte superato in seguito agli interventi normativi relativi al conferimento degli incarichi di collaborazione da parte delle pubbliche amministrazioni ¹⁸², perchè

¹⁸² Cfr. D.L. 112/2008 convertito dalla L. 133/2008 che all'art. 46 ridefinisce con chiaro intento di limitazione del fenomeno l'attribuzione di incarichi da parte delle pubbliche amministrazioni a collaboratori esterni. Con riferimento a tale ultima norma CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella L. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in LPA 2008, pp 465-497, osserva che con riferimento alle incompatibilità essa è mirata a rafforzare e rendere effettiva l'esistente regime, in quanto tende a rafforzare il sistema dei controlli sulla base dell'assunto che l'attuale sistema presenti "delle crepe in termini di

esso rivela l'eterogenea formazione della norma, che, come più volte sottolineato, costituisce una delle principali ragioni della impossibilità di dare alle discipline delle incompatibilità un assetto coerente.

In particolare, la previsione evidenzia la propria illogicità in quanto assimila la fattispecie di conferimento dell'incarico da parte dell'amministrazione datrice e quella relativa all'autorizzazione al conferimento di un incarico da parte di un soggetto diverso dal datore di lavoro.

Infatti, se si ritiene che oggetto della preoccupazione del legislatore sia il buon andamento amministrativo, inteso come corretto svolgimento del servizio e adeguata esecuzione della prestazione lavorativa da parte del dipendente, si capisce perchè per l'amministrazione datrice di lavoro ha poca importanza il fatto che il fruitore della prestazione sia soggetto pubblico o privato. Viceversa, se la preoccupazione è solo quella di natura finanziaria, non si capisce assolutamente per quale ragione il committente estraneo alla pubblica amministrazione debba assoggettarsi alle procedure informative appena richiamate.

Soprattutto non si capisce per quale ragione nella stessa previsione si debba fare riferimento ai consulenti esterni della p.a., rispetto ai quali è evidente che non si pone alcun problema di incompatibilità (se si tratta di soggetti non dipendenti pubblici, mentre sono già assoggettati alla disciplina in parola, se lo sono), ma si pongono esclusivamente problemi di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica.

Proposto tale rilievo al solo fine di sottolineare la mancanza di logica e di coerenza della norma rispetto al tema di cui ci stiamo occupando, torniamo a considerare le previsioni dell'articolo 53 in riferimento al rapporto lavoristico contrattuale,.

Abbiamo visto che, con riferimento agli incarichi retribuiti, il legislatore ha stabilito che nell'ambito del rapporto contrattuale sia la stessa amministrazione datrice di lavoro, che agisce con i poteri del privato imprenditore, a stabilire quali attività siano incompatibili e quali no, e che essa, autorizzando il

effettività"; sotto questo profilo la norma avrebbe *"più un valore di norma monito (maggiori verifiche da parte della funzione pubblica)"* (pag. 483-484)

dipendente all'assunzione di determinati incarichi, possa rimuovere il divieto altrimenti gravante sul secondo.

In una logica contrattuale, quindi, il potere datoriale di definire in maniera autonoma quali attività extraistituzionali siano concesse e quali no, non parrebbe molto diverso da quello disciplinare, essendo riconducibile alla tutela dell'organizzazione aziendale ¹⁸³, che nel caso concreto ha come fine la realizzazione dell'azione amministrativa. Tale riconduzione caldeggiata dalla dottrina ¹⁸⁴, appare del tutto condivisibile sul piano della coerenza teorico sistematica dell'ordinamento, ma risulta ostacolata da alcune osservazioni.

In primo luogo essa è negata dalla giurisprudenza che continua risolutamente nell'affermare che la materia delle incompatibilità è estranea alla natura disciplinare ¹⁸⁵. L'ostacolo potrebbe essere rimosso riferendo tale lettura alla sola incompatibilità assoluta. Tale ipotesi però, è poco convincente in quanto, pur nella diversa disciplina, le incompatibilità sono sistematicamente accomunate al conferimento degli incarichi e in generale alla disciplina dell'articolo 53.

Bisogna successivamente osservare che mentre le incompatibilità assolute presentano una loro specifica disciplina e sono riconducibili a espliciti divieti previsti dalla legge, quelle relative sono definite dai singoli datori di lavoro, in base ad uno specifico e autonomo potere loro conferito dal legislatore il quale, tuttavia, ha conservato a sè la definizione dell'aspetto sanzionatorio.

A ulteriormente distinguere tale potere "autorizzatorio" del datore pubblico da quello disciplinare concorre, in maniera a mio avviso decisivo, proprio la disciplina delle sanzioni disegnata con riferimento alle incompatibilità relative,

¹⁸³ Nell'ambito di una ampia descrizione diacronica della dottrina sviluppatasi sul tema del fondamento del potere disciplinare in ambito contrattuale e in ambito pubblicistico, MAINARDI *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, art. 2106 c.c., Milano, 2002, evidenzia come tale potere sia riconducibile alla necessità di tutelare l'organizzazione aziendale e si fonda sul contratto affermando conseguentemente che con la privatizzazione "*nel settore pubblico e nel settore privato il potere disciplinare assume il medesimo fondamento giuridico*" (pag.79).

¹⁸⁴ MAINARDI, *cit.*, pag. 147 ss sottolinea che il passaggio al rapporto di tipo contrattuale implica una rilettura del contenuto degli obblighi (non più doveri) dei dipendenti pubblici; NOVIELLO TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, p. 156 ss.

¹⁸⁵ In tal senso è inequivoca la più volte citata sentenza n. 967/06 della Cassazione Lavoro secondo la quale (al punto 3) afferma che "*la decadenza non ha natura sanzionatoria né disciplinare, né è la conseguenza di un inadempimento*". Che costituisce l'esplicito punto di riferimento anche della già considerata sentenza 15397/09 al n. 5.

e l'esplicita previsione formulata dal legislatore che si premura di sottolineare la permanenza della responsabilità così definita, al fianco di quella del concorrente e autonomo potere disciplinare.

2.3 Il profilo sanzionatorio

Il sistema sanzionatorio disegnato dall'articolo 53 in riferimento alle violazioni della disciplina sulle attività autorizzabili è articolato, decisamente tipico e caratterizzato dal fatto che in esso non compaiono i soli soggetti del rapporto lavorativo, ma anche soggetti terzi.

I soggetti nei confronti dei quali si vengono a costituire responsabilità sanzionabili sono tre: il dipendente, il terzo che abbia conferito incarichi non autorizzati, il funzionario responsabile del procedimento di autorizzazione.

Tenendo conto della prospettiva assunta nel presente studio, si può affermare che non si pongano particolari problemi in relazione al fatto che, in violazione di un obbligo contrattuale, oltre al dipendente possa venire chiamato a rispondere in sede civile anche il terzo che avesse contribuito a determinare l'inadempimento del lavoratore, fermi i principi generali in materia di responsabilità civile e in riferimento alla quantificazione dell'obbligazione risarcitoria. Ugualmente, nel caso di imprese di dimensioni tali da porre tra l'imprenditore e il lavoratore una complessa struttura organizzativa (caratteristica certamente presente nella maggior parte delle pubbliche amministrazioni), non presenta problemi il fatto che il superiore, che abbia tollerato o favorito un comportamento illecito di un sottoposto, mentre avrebbe dovuto evitarlo in base al proprio ruolo, possa a sua volta essere chiamato a risponderne in sede disciplinare.

Ciò che differenzia il sistema rispetto alla disciplina del comune rapporto di lavoro civilistico è che in esso intervengono, sia il Dipartimento della Funzione Pubblica sia l'amministrazione delle Finanze. Il primo, come attivo garante del rispetto della disciplina è titolare di poteri di controllo nei confronti dei soggetti coinvolti (sia il datore sia il lavoratore) nel rapporto di lavoro e la seconda è titolare del potere sanzionatorio nei confronti dei soggetti estranei alla relazione lavorativa.

Si tratta cioè di una disciplina nella quale, posto che l'istituto sia finalizzato a tutelare l'interesse del datore di lavoro, ci troveremmo di fronte alla stranezza per cui l'interesse di quest'ultimo viene tutelato da soggetti terzi rispetto al rapporto, i quali esercitano propri e autonomi poteri sanzionatori, in forza dei quali si pongono come autonomi legittimati attivi in sede di eventuale contenzioso giurisdizionale.

Consideriamo le singole posizioni dei soggetti sanzionabili.

a) La posizione del dipendente

Con riferimento al dipendente che violi il dovere la norma prevede che *“In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti”*¹⁸⁶.

La previsione, stabilisce la concorrenza di più profili sanzionatori¹⁸⁷. Non appare chiaro quali possano essere le “più gravi sanzioni” riconducibili alla violazione del divieto di incompatibilità. Ugualmente risulta difficile capire come si possa configurare al tempo stesso una responsabilità disciplinare a fronte di un comportamento sottratto alla regolazione disciplinare¹⁸⁸. Salvo ritenere l'espressione una formula di stile, è necessario immaginare che l'effetto della previsione normativa si concretizzi nel chiarimento che,

¹⁸⁶ D.lgvo 165/01 art. 53, comma 7

¹⁸⁷ Tema contiguo ma non direttamente connesso al nostro è quello relativo all'esistenza o meno di una responsabilità del pubblico dipendente di natura contabile. In proposito la Corte dei Conti ha formulato soluzioni contraddittorie: C.C. sez. giur. Sicilia, sent. 189 del 9.8.1999 esclude in capo al dipendente che abbia prestato attività al di fuori dell'orario di lavoro *“in violazione del principio di esclusività del servizio a favore della Pubblica amministrazione”* l'esistenza del danno erariale; contrariamente la ravvede C.C. sez. giur. Lazio, sent. n. 3154 del 27.12.2004.

¹⁸⁸ Abbiamo visto che nel caso delle incompatibilità assolute la norma ha costruito un sistema sanzionatorio alternativo: la decadenza o, in caso di permanenza alle dipendenze del datore pubblico, la sanzione disciplinare. Come evidenziato, anche da Cass. lav. 967/06, tuttavia, i contratti per quanto concerne la materia disciplinare nulla stabiliscono espressamente in materia di incompatibilità. In presenza della specifica sanzione di derivazione legale, si potrebbe ritenere legittima anche la previsione di una sanzione disciplinare in materia ad opera della contrattazione collettiva, che però non è intervenuta in proposito.

nonostante la tipizzazione del comportamento vietato e della conseguente sanzione, rimane tuttavia possibile che, in presenza di particolari modalità di realizzazione della violazione, si configurino anche fattispecie di rilievo disciplinare. In pratica, se il dipendente si sia soltanto limitato a svolgere attività senza preventiva autorizzazione, non si potrà configurare alcuna ulteriore sanzione oltre a quella tipica prevista dal comma 7 in parola; diversamente se il lavoratore abbia anche, ad es., utilizzato illecitamente strumentazioni di proprietà del datore di lavoro, ovvero messo in atto comportamenti ingannevoli nei suoi confronti, tali “ulteriori” condotte daranno vita a possibili procedure disciplinari.

E’ pur vero che anche la Giurisprudenza non manca di confondere piani tra loro differenti.

Vale qui la pena di segnalare una decisione con cui la Corte di Appello di Bologna ritiene legittima l’irrogazione di una sanzione di indubbia natura disciplinare e prevista dal CCNL (quale è la sospensione dal servizio e dalla retribuzione) facendo contemporaneamente riferimento tanto alle disposizioni legislative quanto a quelle contrattuali.¹⁸⁹

Nel caso di specie il Giudicante ha preso in considerazione la violazione delle previsioni normative relative alla necessità di autorizzazione e al tempo stesso la violazione di un autonomo obbligo previsto dal CCNL di riferimento.¹⁹⁰

E’ evidente che la previsione contrattuale e la sua violazione hanno determinato di per sé la irrogazione della sanzione disciplinare che in quanto tale è la conseguenza dell’inadempimento di un’obbligo assunto dal lavoratore

¹⁸⁹ Corte d’Appello di Bologna, sentenza del 4 luglio 2008, pubblicata in LPA 3/2009, pag. 369-383, con nota di COTTONE.

La fattispecie si riferisce ad un Vigile del fuoco con qualifica di assistente tecnico antiincendi che ha riconosciuto di aver svolto attività professionale libera a favore di terzi operanti nel settore della sicurezza. La vicenda, a causa della regolarizzazione fiscale delle prestazioni, è stata scoperta dalla Finanza e segnalata al datore di Lavoro. Il dipendente ha riconosciuto i fatti in giudizio, ma ha posto eccezioni procedurali in riferimento alla sanzione comminatagli, con la conseguenza che l’attenzione della motivazione si “sbilancia” sul versante procedurale.

¹⁹⁰ Alla fattispecie si è applicato il CCNL del Comparto Aziende del 5 aprile 1996, che tra le norme disciplinari, all’art. 36, individuando esplicitamente i doveri del dipendente afferma che questi deve “*in particolare: (...) c) non utilizzare a fini privati le informazioni di cui disponga per ragioni d’ufficio*”. E’ evidente come il comportamento messo in atto dal dipendente integra la violazione della previsione di cui alla citata lettera c).

Tra l’altro il contenuto della previsione è affine al divieto introdotto nell’Ordinamento dall’art.13, del D.Lgvo 81/2008

con il contratto e trova la propria legittimazione nella correttezza della procedura contrattuale, senza che sia in alcun modo necessario (e nemmeno opportuno) far riferimento al fatto che il dipendente non avesse chiesto l'autorizzazione allo svolgimento di attività extralavorative. Tale secondo circostanza avrebbe caso mai legittimato una autonoma sanzione di fonte normativa connessa alla violazione delle norme sull'incompatibilità (che non è dato sapere se, in concreto, sia stata effettivamente irrogata) e giustificato l'applicazione della ulteriore sanzione prevista per il fatto di non aver chiesto l'autorizzazione.

Invece dal testo della sentenza si nota una certa commistione dei due piani in quanto in essa da un lato si legge che ogni incarico non autorizzato costituisce un fatto *“disciplinariamente rilevante”* e dall'altro si afferma che la responsabilità del lavoratore consiste nello svolgimento di attività extralavorative, senza *“aver preventivamente reso edotto il datore di lavoro pubblico”* di aver effettuato prestazioni di lavoro remunerate a favore di privati *“che ben avrebbero potuto essere oggetto della sua attività di controllo nel corso dello svolgimento della sua attività istituzionale”*.

E' evidente come le due parti della medesima motivazione si riferiscano a due diverse fattispecie: la prima riconducibile alla violazione dell'art. 53 la seconda alla violazione del contratto collettivo.

Diversamente, la specifica obbligazione di svolgere attività solo se preventivamente autorizzate è autonomamente sanzionata in base alla previsione legislativa. In aggiunta a quanto osservato si deve giungere ad escludere la assimilabilità della previsione alla materia disciplinare ¹⁹¹, sotto altri due profili.

Il più evidente è che la sanzione fissata dalla legge non è riconducibile in nessun modo all'inadempimento della prestazione lavorativa dedotta in contratto, nè è riconducibile ad alcun profilo di sostanziale connessione del comportamento vietato con gli interessi protetti del datore di lavoro. Infatti ci si

¹⁹¹ Di opinione diversa i più volte richiamati TENORE NOVIELLO, cit., e MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106 cit.*, pag. 156 ss. Analogamente ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1993, p. 645 che ritiene almeno le incompatibilità *“a tutti gli effetti trasformata in sanzione privatistica in quanto atto incidente nella sfera privatizzata di gestione del rapporto di lavoro”*

trova in presenza di un inadempimento dell'obbligo fissato dall'art. 53 anche qualora l'attività svolta dal lavoratore sia una di quelle che il datore dovrebbe/potrebbe autorizzare.

Ulteriormente occorre rilevare che l'ammontare della sanzione è sottratto alla valutazione del caso concreto e alla discrezionalità del datore: anche tale sottrazione del tipico potere valutativo in capo al datore di lavoro porta ad allontanare l'istituto da quelli di natura disciplinare.

Infine appare di non poco conto il fatto che, pur essendo in presenza di una sanzione di contenuto pecuniario, a differenza di quanto accade per le sanzioni disciplinari che implicano trattenute economiche a carico del lavoratore, le somme vengono versate direttamente al datore (ancorchè siano vincolati nella destinazione) e non agli appositi fondi gestiti da terzi ¹⁹².

Una volta escluso che la sanzione sia assimilabile a quelle riconducibili all'ambito disciplinare, vediamo se essa sia in qualche modo interpretabile alla luce degli istituti di diritto comune.

Ponendosi in una prospettiva prettamente contrattualistica, quella del lavoratore si deve qualificare come un'obbligazione che ha per oggetto l'informare il datore delle attività che egli intende svolgere al di fuori dell'orario di lavoro e di chiederne l'autorizzazione; conseguentemente, lo svolgimento dell'attività extralavorativa si configura come un inadempimento per il semplice fatto che esso sia stato assunto senza tale autorizzazione.

Conclusivamente la posizione creditoria dovrebbe venire tutelata secondo gli ordinari mezzi risarcitori, che impongono al creditore di provare l'inadempimento, l'esistenza del danno subito, la sua quantificazione nei limiti prevedibili dal debitore e la relazione causale tra inadempimento e danno ¹⁹³.

Nel caso di specie, trattandosi della violazione di un obbligo di astensione, l'inadempimento del debitore risulta evidente ogni volta che si verifica, ma

¹⁹² Tale ultima circostanza non trova adeguata e coerente giustificazione in base alla circostanza di fatto che, essendo il datore di lavoro un soggetto pubblico egli dispone di danari pubblici a differenza del datore di lavoro privato che utilizza denari propri. Sulla destinazione a terzi delle sanzioni disciplinari di contenuto economico e sulla specificità di tale previsione rispetto a quanto accade nei normali casi di risarcimento per inadempimento contrattuale si veda MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, pagg. 62 e 124.

¹⁹³ In particolare su tali presupposti della risarcibilità del danno *ex art. 1218 c.c.* GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Padova, 1990, II pag. 71 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 621 ss.

certamente risulta quasi impossibile (almeno nella maggior parte dei casi) individuare e quantificare il danno risarcibile subito dal creditore. Infatti stante la natura particolare dell'attività svolta dal soggetto pubblico, solo raramente si può riconoscere un danno suscettibile di quantificazione economica a carico del datore di lavoro, causato dall'inadempimento in parola (cioè dalla mancata informazione e/o dallo svolgimento di una attività extralavorativa non autorizzata). Di conseguenza, nella maggior parte dei casi in cui si potesse riconoscere un danno, risulterebbe poi quasi impossibile pervenire alla relativa quantificazione.

Conseguentemente la previsione di una sanzione tipizzata, del tutto slegata dalla lesione (anche solo potenziale) del bene tutelato tende ad esorbitare dalla normale regolazione dei rapporti civilistici. In relazione ai problemi appena esposti è opportuno soffermarsi sull'unico istituto civilistico che, in ambito contrattuale, permette di semplificare il rapporto tra quantificazione dell'obbligo risarcitorio e danno: la penale di cui agli artt. 1382 e 1384 del Codice Civile.

Tale istituto infatti esonera il creditore dalla prova (e dalla quantificazione) del danno e limita il *quantum* dovuto dal debitore in caso di inadempimento¹⁹⁴. Si potrebbe dunque ipotizzare che il legislatore, definendo in termini contrattuali la disciplina delle incompatibilità, abbia previsto una sorta di penale quale stimolo all'adempimento del debitore/dipendente e quale strumento finalizzato al superamento delle notevolissime difficoltà probatorie che verrebbero altrimenti a gravare sul creditore/datore pubblico. In altre parole la qualificazione della previsione di cui al comma 7 dell'art. 53 del D.Lgvo 165/01 quale penale ex art. 1382 permetterebbe di mantenere nell'ambito della normale regolazione obbligatoria anche questo aspetto della disciplina delle incompatibilità, sottoponendone la violazione a un regime concorrente di sanzione disciplinare e sanzione civilistica, definendo una situazione in qualche modo assimilabile a quella prevista nel caso di violazione dell'art. 2105 c.c. La specifica soggettività del datore pubblico e le caratteristiche della attività da lui svolta renderebbero quasi impossibile la quantificazione dell'eventuale danno

¹⁹⁴ In generale sulla clausola penale v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 631 e ss.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 993 e ss.; GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Padova, 1990, II, II pag. 433 ss.

dovuto all'inadempimento: la previsione di una penale risolverebbe il problema e manterrebbe l'aspetto sanzionatorio della disciplina nell'ambito del diritto civile.

Tuttavia una simile ricostruzione trova alcune difficoltà ¹⁹⁵.

In primo luogo il fatto che la sanzione in parola sia prevista per legge in forma predeterminata e che pertanto sia sottratta non solo al libero accordo delle parti ma anche, e soprattutto, alla valutazione del Giudice, la rende ontologicamente altra rispetto alla penale.

Tale alterità si concretizza in primo luogo nel fatto che quest'ultima, ancorchè finalizzata ad esimere il creditore dalla prova dell'esistenza e della quantificazione del danno, rimane saldamente ancorata alla sua funzione sinallagmatica, come prova la disposizione dell'art. 1384 c.c. che prevede la riducibilità della penale ad opera del Giudice. Infatti, l'eccessiva onerosità della penale può essere ridotta tenendo conto dell'interesse della parte creditrice: appare evidente come, nel nostro caso, l'interesse dell'amministrazione datrice di lavoro a che il dipendente formulasse la domanda di autorizzazione è tutt'altro che uniforme e, a sua volta, risulta di difficilissima quantificazione (si pensi ad esempio alla differenza in relazione alle attività che sarebbero comunque state autorizzate rispetto e quelle che non avrebbero potuto esserlo). Si potrebbe obiettare che la quantificazione, essendo stata formulata dal legislatore, potrebbe non necessitare del controllo giurisdizionale, ma proprio tale obiezione impedisce di restituire ad un contesto civilistico una sanzione la cui preventiva ed astratta quantificazione non possa essere, con riferimento al singolo caso di specie, censurabile ed eventualmente riducibile in via giurisdizionale.

Se le osservazioni precedenti inducono a non ricondurre la sanzione in parola ad un ambito civilistico, vi sono ulteriori osservazioni che inducono addirittura a doverne riconoscere la natura pubblicistica.

¹⁹⁵ Si è fatto riferimento alla penale anche per spiegare il fondamento civilistico del potere sanzionatorio del datore di lavoro. La problematica del rapporto tra i due istituti è puntualmente illustrata in MONTUSCHI, *cit.*, pagg. 121-132 che conclude evidenziando che *"come la causa e la funzione è diversa nei due istituti, così la relativa disciplina mal si presta ad estensioni e a reciproche integrazioni"* dal momento che essi perseguono scopi e fini differenti.

Per costante giurisprudenza e senza che si siano sollevate obiezioni in dottrina, i rapporti che si vengono a costituire tra il pubblico dipendente e il soggetto che gli conferisce incarichi retribuiti sono rapporti validi a tutti gli effetti sul piano civilistico. Conseguentemente tra le parti vengono a crearsi delle obbligazioni perfettamente valide che, tra le proprie naturali conseguenze, stante la natura di prestazioni lavorative, importano l'obbligo in capo al committente di versare il corrispettivo per la prestazione ¹⁹⁶.

Pertanto, in seguito all'espletamento di attività lavorative il prestatore d'opera consegue validamente e legittimamente un corrispettivo economico e tale corrispettivo entra a far parte a pieno titolo del di lui patrimonio. La sanzione in commento prevede che una somma di importo uguale a tale corrispettivo debba essere versata al datore di lavoro.

Se è innegabile che una simile sanzione è foriera di notevole efficacia, eliminando in capo al trasgressore la ragione e il fine fondamentali cui era indirizzato il suo comportamento (il corrispettivo), essa tuttavia non è riconducibile a istituti contrattuali. Essa risulta essere punitiva nei confronti del singolo sanzionato e, in termini di prevenzione generale, estrinseca i suoi effetti dissuasori agendo sulle motivazioni dell'agente (e di tutti coloro che versino in analoghe situazioni) e non considera minimamente nè l'effettivo interesse del creditore alla prestazione nè la pericolosità potenziale o la dannosità effettiva del comportamento sanzionato ¹⁹⁷.

La previsione di una sanzione normativamente predeterminata, connessa alla realizzazione di un comportamento vietato dalla legge, decisamente significativa nella quantificazione e indipendente da qualsiasi valutazione del

¹⁹⁶ Particolarmente significativa in proposito Cass. Lav., sent. n. 2171 del 2000 (che richiama anche Cass. 58/1985, 1287/1985, 5736/1991). La Corte ha sostenuto la validità di un rapporto subordinato (pertanto ricompreso tra le incompatibilità assolute) tra un insegnante e un soggetto privato. La Corte ha sostenuto che il divieto del doppio lavoro, previsto a favore della p.a., non implica la nullità del rapporto contrattuale con i privati e pertanto ha stabilito che alla validità di tale contratto di lavoro conseguono, oltre al diritto alla retribuzione in capo al lavoratore, anche tutti gli obblighi retributivi, assicurativi e previdenziali previsti a suo vantaggio dalla legge e posti a carico del datore di lavoro. In merito alla validità dei rapporti instaurati in violazione delle previsioni di incompatibilità cfr. TENORE, in LPA, 2007.

Il principio è risalente e risulta esteso anche al valore degli atti messi in atto nell'esecuzione di prestazioni professionali: Cass. Civ. II, del 6.6.1990 per cui la violazione dei divieti ex art. 60 del Dpr 3/57 non hanno "alcun riflesso sulla validità dell'attività negoziale spiegata con trasgressione di quel divieto".

¹⁹⁷ Sulla funzione di general prevenzione del potere sanzionatorio datoriale diffusamente MONTUSCHI, *citt.*

caso di specie, non sindacabile in giudizio (se non per escluderne i presupposti di fatto) non può che ricondursi all'ambito del diritto pubblico.

E' pur vero che l'esecuzione della sanzione non presenta i caratteri di un'attività che il datore pubblico possa effettuare d'imperio e questo non permette di affermare con nettezza la natura pubblica dell'Istituto.

Infatti, come conseguenza di quanto sopra esposto si dovrebbe concludere che, così come l'amministrazione finanziaria può riscuotere la sanzione nei confronti del terzo che abbia conferito al pubblico dipendente incarichi non autorizzati, ugualmente dovrebbe poter agire il datore di lavoro nei confronti del lavoratore. Una simile modalità diretta di riscossione ad opera del datore di lavoro pubblico confermerebbe la natura pubblicistica della sanzione, ma il tenore della norma pare escludere tale possibilità; infatti il comma 7 esplicitamente dichiara che il versamento nelle casse del datore di lavoro dovrà essere effettuato " *a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore*".

Ciò implica che, qualora il dipendente (o il terzo) non proceda al versamento della somma individuata dalla norma, il datore di lavoro non potrà agire direttamente nei suoi (loro) confronti, ma potrà farlo soltanto in forza di un titolo esecutivo (che non può essere altro che una pronuncia del Giudice).

In tal modo emerge un'ulteriore forzatura del sistema: il giudice non ha margini di intervento nel merito, se non quelli connessi all'accertamento dei fatti costitutivi la domanda attorea, il cui accoglimento metterà la parte datoriale in condizione di avviare una normale procedura esecutiva ¹⁹⁸.

Tra l'altro appare ben diversa questa situazione rispetto a quanto accade per le pene disciplinari a contenuto pecuniario in cui il datore applica direttamente la sanzione trattenendo le somme dalle spettanze del dipendente.

b) La posizione del terzo conferente incarichi

Quanto esposto a proposito del dipendente è ancor più evidente con riferimento alla sanzione prevista in capo al soggetto privato che conferisca incarichi a personale dipendente dalla p.a. senza preventiva autorizzazione.

¹⁹⁸ Si sottolinea come la sanzione venga disegnata come una sanzione ben diversa da quella di natura disciplinare, nella quale il datore provvede direttamente a trattenere le somme dell'eventuale multa comminata al dipendente.

In proposito vale la pena notare che tra amministrazione datrice di lavoro e terzo conferente l'incarico non esiste nessun rapporto diretto di nessuna natura. Se osserviamo la fattispecie nella quale un soggetto estraneo induca uno delle due parti di un rapporto contrattuale a non adempiere la propria obbligazione, in una prospettiva civilistica dobbiamo concludere che la parte adempiente potrà, ricorrendone i presupposti, chiedere al terzo il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale in giudizio ¹⁹⁹. Secondo tale schema è evidente che il solo legittimato attivo ex art. 2043 c.c. nei confronti del terzo, cui sia riferibile il comportamento dannoso, è colui sul quale sono ricaduti gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento. L'adattamento della fattispecie sanzionatoria di cui ci stiamo occupando al richiamato schema del risarcimento del danno extracontrattuale, appare forzato.

Innanzitutto si ripropongono, con riferimento al riconoscimento dei presupposti del risarcimento, gli stessi problemi già evidenziati rispetto alla sanzione prevista per il dipendente sia con riferimento all'*an* e al *quantum* del danno risarcibile; sia con riferimento alla necessità di un titolo esecutivo perchè l'amministrazione possa ottenere quanto previsto dalla legge ²⁰⁰. Ma soprattutto, quello che allontana l'istituto dalla logica civilistica è il fatto che a fianco della legittimazione del datore di lavoro, nei confronti del terzo e ai fini della imposizione di un'ulteriore ed autonoma sanzione, è legittimata attiva l'amministrazione finanziaria dello Stato che è soggetto diverso e ben distinto rispetto al singolo datore di lavoro pubblico. Conseguentemente e in aggiunta, diversamente da quanto capita al datore di lavoro pubblico (ma anche a quello privato), la riscossione in parola avviene attraverso strumenti pubblicistici e non attraverso strumenti privatistici (con conseguente aggravio della posizione del soggetto passivo).

Pertanto la previsione di una sanzione nei confronti del terzo non può che ricondursi ad uno schema secondo cui lo Stato, facendo ricorso alla sua forza

¹⁹⁹ Sulla responsabilità extracontrattuale e sui suoi presupposti GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, IIII, Padova, 1991 pag. 281 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 691 ss.

²⁰⁰ Forse, nei confronti del terzo, il giudice ha margini maggiori ai fini della pronuncia in merito all'esistenza dei presupposti soggettivi della imputabilità del danno.

cogente, sanziona un comportamento che ritiene lesivo di un interesse pubblico di non scarsa importanza rispetto al quale reagisce esercitando pubblici poteri. Non è in alcun modo possibile ricondurre all'ambito lavoristico una previsione in forza della quale lo Stato (attraverso l'amministrazione finanziaria, che utilizza modalità di riscossione analoghe a quelle utilizzate per la riscossione tributaria) e non il datore di lavoro, interviene autonomamente a sanzionare il comportamento tenuto da un soggetto per il fatto che questi, in una posizione di terzietà rispetto ai soggetti di un rapporto di lavoro contrattuale, avrebbe in qualche modo "favorito" l'inadempimento di uno dei contraenti. Abbiamo visto che se, astrattamente, riportando il richiamato "triangolo" in un contesto civilistico è possibile ipotizzare una responsabilità di tipo extracontrattuale (della quale però si dovrebbero verificare singolarmente tutti i necessari presupposti), è però anche vero che, con riferimento alla situazione di cui ci occupiamo, pare difficile che possano verificarsi i presupposti in fatto e in diritto necessari per riconoscere l'applicabilità dell'art. 2043 c.c..

In questo caso è la stessa norma²⁰¹ a chiarire – ritengo inequivocabilmente - la natura della sanzione, dal momento che fa riferimento esplicito alle previsioni di cui alla legge 140 del 1997²⁰² e alle modalità di accertamento delle violazioni previste dalla legge 689 del 1981²⁰³.

Con riferimento alla violazione delle norme sulle incompatibilità, dunque, il legislatore ha qualificato la sanzione come un illecito amministrativo,

²⁰¹ D.lgvo 165/2001, art. 53 comma 9: *"Gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. In caso di inosservanza si applica la disposizione dell'articolo 6, comma 1, del decreto legge 28 marzo 1997, n.140, e successive modificazioni ed integrazioni. All'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di Finanza, secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni ed integrazioni. Le somme riscosse sono acquisite alle entrate del Ministero delle Finanze."*

²⁰² D.L. 79 del 1997, art. 6, comma 1, nella versione modificata dalla legge di conversione n. 140 del 1997: *"Nei confronti dei soggetti pubblici e privati che non abbiano ottemperato alla disposizione dell'art. 58, comma 6, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni, o che comunque si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato rese dai dipendenti pubblici in violazione dell'art. 1, commi 56, 58, 60 e 61, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, ovvero senza autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, oltre alle sanzioni per le eventuali violazioni tributarie o contributive, si applica una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma a dipendenti pubblici"*.

²⁰³ Si tratta della legge di riforma del sistema penale che ha ridefinito il sistema delle sanzioni amministrative.

perseguibile da parte dell'amministrazione delle Finanze (e non da parte del datore di lavoro) e punito con una sanzione amministrativa.

Appare pertanto evidente, senza necessità di alcuna ulteriore osservazione, che la disciplina sanzionatoria presenta elementi tali da attrarre la materia delle incompatibilità verso un terreno pubblicistico. Infatti il legislatore ha ritenuto di attribuire al rispetto di tale disciplina una rilevanza pubblica tale da sanzionarne le violazioni non solo nei confronti del dipendente, ma anche nei confronti del terzo che a tale dipendente avesse illegittimamente attribuito un incarico retribuito. Nei suoi confronti il legislatore ha ritenuto di prevedere una sanzione di incontestabile natura pubblicistica²⁰⁴.

Tale circostanza induce a propendere per una lettura in senso lato pubblicistica di tutto l'istituto delle incompatibilità relative, in quanto l'ordinamento appronta un sistema assai ampio di natura pubblicistica e assolutamente indipendente dal rapporto di lavoro finalizzato a garantire il rispetto della disciplina.

c) La posizione del funzionario

Il terzo e ultimo soggetto che può essere chiamato a rispondere dell'eventuale illegittima attribuzione di incarichi retribuiti ad un pubblico dipendente, risulta essere il funzionario dell'amministrazione (sia quella datrice di lavoro sia una diversa) che abbia conferito un incarico non autorizzato.

La norma stessa qualifica l'illecito come un illecito disciplinare, ancorchè non lo ponga poi in relazione con alcuna corrispondente sanzione.

Se ci si riferisce ad una fattispecie di attribuzione di incarico ad un dipendente "interno" al di fuori delle normali regole che dovrebbero governare tale attribuzione è ovvia la sanzionabilità sul piano disciplinare del funzionario, che

²⁰⁴ La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite ha affermato la giurisdizione delle Commissioni Tributarie per quanto riguarda il giudizio di impugnazione delle cartelle esattoriali eventualmente notificate dall'Agenzia delle entrate con riferimento al pagamento delle sanzioni relative all'attribuzione a pubblici dipendenti di incarichi non autorizzati da parte di soggetti privati (nel caso una società di assicurazione si era servita di consulenze di medici dipendenti dell'INAIL). La Corte ha affermato che *"tale giurisdizione sussiste anche con riferimento all'organo (Agenzia delle entrate) che applica una sanzione amministrativa in ordine a infrazioni commesse in violazione di norme di svariato contenuto, non necessariamente attinenti a tributi (come nel caso di specie)"* (Cass., S.U., n. 24398/2007; conferma S.U. n. 13902/2007). Apparentemente ignorano simili pronunce Sez.lav. n. n. 20380/2008 e n. 21029/2008 citate alla nota 27.

in violazione delle norme organizzative predisposte dal datore non abbia applicato la procedura interna. Tuttavia se si tratta di assegnazione dell'incarico a dipendente di amministrazione diversa da quella conferente, ci troviamo di fronte ad una notevole anomalia: il funzionario è estraneo all'amministrazione del lavoratore che ha svolto l'incarico quindi egli non può che rispondere disciplinarmente alla propria amministrazione che non è quella a tutela della quale potrebbe apparire prevista la disciplina delle incompatibilità. Ciò dovrebbe portare a concludere che la previsione non è posta a favore dell'una o dell'altra amministrazione, ma è finalizzata a tutelare tutto il sistema amministrativo (non la regolazione dei rapporti di lavoro).

Proprio per questo motivo, lo schema appare particolare: mentre nei confronti del soggetto privato che conferisca l'incarico non autorizzato è prevista una specifica sanzione pecuniaria, qualora il beneficiario della prestazione non autorizzata sia un soggetto pubblico la sanzione – stavolta di natura disciplinare – andrà comminata personalmente al funzionario che ha disposto l'incarico, mentre non risulta sanzionata l'amministrazione che ha conferito l'incarico illegittimo.

La peculiarità dello schema, è costituita dalla diversificazione della "punizione" a seconda che a conferire l'incarico sia un soggetto pubblico o privato. Il privato che ha conferito l'incarico illegittimo paga la sanzione, subendo un evidente danno, e potrà chiederne il risarcimento al dipendente che abbia concluso il contratto con il dipendente pubblico. Diversamente il soggetto pubblico che conferisse l'incarico non autorizzato non subirebbe alcun danno, ma potrebbe procedere a sanzionare disciplinarmente il funzionario responsabile.

Anche la specificità di questa costruzione evidenzia come la sanzione in parola non sia posta a vantaggio dell'una o dell'altra amministrazione ma si ponga a tutela di un interesse pubblico generale.

Orbene anche stavolta si deve rilevare l'incoerenza della disciplina, in quanto, stante la riserva di legge sulla materia relativa alle incompatibilità e la corrispondente devoluzione ai contratti della regolazione della materia disciplinare, appare evidente che ci troviamo di fronte ad un intreccio di fonti. Infatti la norma individua il comportamento sanzionabile, senza correlarlo ad una sanzione. Conseguentemente, diventa necessaria una analisi dello specifico

contratto applicabile al funzionario al fine di individuare quale sia la sanzione adeguata all'illecito individuato dal comma 8, secondo i normali criteri interpretativi in materia.

2.4 Le posizioni del lavoratore e del datore di lavoro

Dopo aver segnalato la particolare originalità del sistema sanzionatorio predisposto dal legislatore in materia, riprendiamo l'analisi della disciplina delle incompatibilità relative, soffermandoci a riflettere sul contenuto delle posizioni dei due soggetti coinvolti nel rapporto contrattuale.

Con riferimento alle incompatibilità relative la posizione del lavoratore si definisce come l'obbligo di non assumere incarichi senza aver ottenuto l'autorizzazione datoriale. Tale vincolo alla libertà individuale è posto in maniera assoluta e appare del tutto slegato dalla correttezza o meno della prestazione lavorativa. Così come accade con riferimento alle incompatibilità assolute, l'obbligo è del tutto "altro" e indipendente rispetto all'adempimento dell'obbligazione lavorativa da parte del dipendente.

Osservando la modalità con cui è costruita la norma e viene posta in relazione con la sanzione, l'obbligazione in parola si configura in pratica, più e prima che come obbligo di non svolgere specifiche attività vietate, come un obbligo di informazione gravante sul lavoratore e avente ad oggetto eventuali attività remunerative da lui svolte (meglio: che lui intende svolgere) nel tempo libero, mentre il datore di lavoro è investito del potere di autorizzare o meno tale progetto del dipendente sul proprio tempo extralavorativo.

Tuttavia, poichè i criteri volti a identificare le attività autorizzabili e quelle che non lo sono, debbono essere predeterminati, è ragionevole pensare che l'esito della domanda di autorizzazione dovrebbe essere nella maggior parte dei casi del tutto prevedibile. E' evidente che in tal modo il dato formale relativo dell'avvenuta autorizzazione (o meno) finisce per prevalere sul dato sostanziale, relativo all'attività da svolgere (il cui contenuto diviene del tutto irrilevante). A ben guardare la disposizione normativa, il lavoratore non è tanto tenuto a non svolgere attività estranee al rapporto di lavoro, quanto piuttosto è tenuto, al fine di essere autorizzato, ad un preciso e puntuale dovere di informazione nei confronti del datore. Tutto il meccanismo legato

all'autorizzazione si sostanzia in tale obbligo di informare il datore preventivamente, al fine di rimuovere il divieto di svolgere attività extralavorative.

Ciò emerge con chiarezza dal fatto che la sanzione, volta a garantire l'adempimento dell'obbligazione, è del tutto indipendente dalla possibilità che l'attività che si intende svolgere possa essere autorizzata o meno, con la conseguenza che il lavoratore è inadempiente anche se svolge un'attività che sarebbe certamente autorizzabile, ma non ha provveduto a chiedere l'autorizzazione preventiva al proprio datore di lavoro ²⁰⁵.

In simile fattispecie, stante il tenore letterale della norma, non pare prospettabile che il lavoratore possa sottrarsi alla sanzione prevista dalla legge. Infatti, proprio la formulazione di quest'ultima, che esplicitamente correla la sanzione all'assenza della preventiva autorizzazione, impedisce al Giudice eventualmente adito, qualsiasi valutazione sul merito (in termini di valutazione delle posizioni soggettive, di valutazione degli interessi in gioco, e in termini di proporzionalità) della attività svolta dal dipendente.

A ben guardare il testo, occorre rilevare che anche in capo al datore di lavoro la norma definisce un preciso dovere. Egli infatti deve predisporre i criteri generali che lo vincoleranno nella concessione o meno delle autorizzazioni ²⁰⁶. Non è tuttavia agevole poter definire questo dovere come un'obbligazione di natura contrattuale ovvero come l'esercizio di un potere di natura pubblicistica. Il fatto che manchi una apposita sanzione in caso di mancata predisposizione dei criteri in parola ²⁰⁷ non fornisce strumenti per la definizione del problema.

²⁰⁵ *Contra* TENORE, cit, in LPA, p. 1113, che ritiene “sicuramente possibile” un intervento autorizzatorio postumo a sanatoria di incarichi già espletati per motivi di urgenza, rispetto ai quali il lavoratore avrebbe potuto confidare sul rilascio dell'autorizzazione. Mi pare che, per quanto limitato ai casi in cui il lavoratore non chieda l'autorizzazione per ragioni di urgenza, la opinione non sia condivisibile, in quanto non solo non trova fondamento nel testo della norma, ma anche perchè è fortemente condizionata da una “mentalità” amministrativistica: se infatti il datore potesse discrezionalmente agire o meno per reprimere la violazione, non avrebbe alcun bisogno della sanatoria formale, che presuppone invece un sistema nel quale gli eventuali atti sanzionatori risultino dovuti, ma sia possibile inibirli a fronte del soddisfacimento del requisito formale (eventualmente anche postumo). Inoltre la valutazione della urgenza, in caso di contestazione, potrebbe essere difficilmente valutata dal Giudice nel sistema rigido delineato dalla norma.

²⁰⁶ *Contra* TENORE, cit., pag. 1107, che ritiene la predisposizione dei criteri in parola “*assai opportuna*”, ma non obbligatoria.

²⁰⁷ Nell'ambito della Regione Emilia Romagna ad esempio, la Provincia di Rimini non ha adottato alcun regolamento in materia.

Il tenore letterale del comma 5 dell'articolo 53 qualifica inequivocabilmente la predeterminazione dei criteri come il presupposto all'autorizzazione, e la previsione stessa individua quale deve essere l'interesse a tutela del quale l'amministrazione può disporre del potere di autorizzazione: il buon andamento dell'azione amministrativa.

Poichè dopo la riforma il buon andamento dell'amministrazione è il fine perseguito dalle singole pubbliche amministrazioni, che strumentalmente si debbono servire a tal scopo anche di poteri privatistici nella gestione dei rapporti di lavoro ²⁰⁸, è possibile concludere che lo strumento di cui la amministrazione datrice dispone è un potere di autorizzazione privatistico analogo (ancora una volta) a quel potere disciplinare, finalizzato alla tutela dell'organizzazione e della efficienza aziendale, di cui dispone il privato imprenditore. Conseguentemente, l'interesse di quest'ultimo e il relativo potere non possono essere illimitati e discrezionali a fronte (e a scapito) della libertà e della dignità del lavoratore.

Il fatto che il fine perseguito dall'amministrazione datrice sia di indubbio rilievo costituzionale non dovrebbe influire, nell'ambito della riforma, sulla formale parità delle posizioni dei contraenti del rapporto lavorativo e la finalità pubblica del datore costituisce non tanto la ragione di una specialità del rapporto stesso, quanto il limite e la giustificazione di un particolare potere datoriale riconducibile, appunto, ad una concreta disciplina del contenuto del contratto, che resta un normale contratto di lavoro. La stessa previsione normativa, indicando la giustificazione e il limite del potere autorizzatorio in parola, offre la possibilità all'interprete di ritenere che il rilievo generale dell'interesse tutelato, letto in relazione alla previsione di legge di cui all'art. 2 della L. 421/92, potrebbe portare ad una ricostruzione che ponga l'accento sulla specialità del rapporto (anzichè sulla specialità della disciplina) così attraendo all'ambito pubblicistico tutto l'istituto, anche in base alle necessità di relazionarlo con quello delle incompatibilità assolute ²⁰⁹.

²⁰⁸ Cfr. C.Cost. sent. N. 309/1997. In generale sul ruolo della Corte Costituzionale rispetto alla privatizzazione CARINCI, *UNa riforma conclusa. Tra norme scritte e prassi applicativa*, in CARINCI ZOPPOLI, *cit.*, pag. LVIII ss..

²⁰⁹ E' interessante in proposito notare che BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000, p. 587, ritiene che la disciplina del lavoro pubblico mantenga natura pubblicistica con riferimento alla disciplina delle incompatibilità.

Alla luce del dualismo interpretativo descritto si potrebbe concludere coerentemente che in assenza di una predeterminazione dei criteri da parte delle amministrazioni non possano sorgere validi atti autorizzatori (o negatori) del permesso di svolgere attività extraistituzionali, con la conseguenza che – a fronte della scorretta (*rectius* mancata) gestione dei propri poteri da parte datoriale- in capo al lavoratore pubblico si potrebbero configurare due opposte soluzioni. Da un lato si potrebbe – in una logica privatistica- ravvedere un inadempimento datoriale che libera il lavoratore dalla corrispondente obbligazione, con la conseguenza che egli potrebbe accettare qualsiasi incarico retribuito (col solo limite di non “sconfinare” nell’eventuale area delle incompatibilità assolute vietate dalla legge). Dall’altro, la logica pubblicistico-amministrativa potrebbe portare a ritenere che –al contrario- in assenza della presupposta determinazione generale, essendo impossibile l’atto derivato di autorizzazione ²¹⁰, ogni attività retribuita (anche quelle potenzialmente autorizzabili) sarebbe vietata al dipendente, in quanto tale divieto (che solo un potere pubblico può rimuovere) risulta direttamente finalizzato alla tutela di un fondamentale interesse pubblico.

Un’ulteriore problematica è connessa alla definizione dell’ampiezza dei margini discrezionali delle amministrazioni nella individuazione dei criteri generali. Esse infatti devono “*escludere casi di incompatibilità sia di diritto che di fatto, nell’interesse del buon andamento della pubblica amministrazione*” (art. 53 comma 6). L’espressione utilizzata dalla norma implica interrogativi relativi a cosa possa intendersi per incompatibilità in diritto (e in fatto).

Non è ben chiaro in che termini il buon andamento della amministrazione possa essere condizionato da attività estranee alla prestazione lavorativa. Non può infatti ammettersi che esso coincida con la “normale” funzionalità del servizio cui è preposto il dipendente in quanto a tutela di quell’aspetto del buon andamento (quello connesso alla prestazione del dipendente) è già posto il potere disciplinare del datore di lavoro.

²¹⁰ VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1991, II, “*l’ordinamento giuridico (...) si premunisce dal pregiudizio che potrebbe derivare alla collettività dall’esercizio indiscriminato di siffatti diritti e potestà subordinando, caso per caso, l’esercizio dei medesimi ad un atto di assenso preventivo, che prende appunto il nome di autorizzazione*” (p. 15)

Tale circostanza implica una problematica di difficile soluzione. Se infatti si giunge a questa conclusione si deve affermare che, così come formulata, la disciplina delle incompatibilità ha scarso rilievo pratico e poca senso sul piano sistematico, dal momento che l'inadempimento della prestazione è già protetto dalla sanzionabilità disciplinare. Inoltre, tale conclusione contrasta nettamente con lo sforzo, sia del legislatore sia della giurisprudenza, volto ad affermare la alterità della materia rispetto a quella disciplinare. E di tale sforzo è evidente prova la sottrazione disposta dalla legge alla contrattazione della sola materia relativa alle incompatibilità.

Con riferimento ai limiti posti dal legislatore all'esercizio da parte del datore del suo potere autorizzatorio, occorre ulteriormente specificare che l'amministrazione datrice di lavoro non può in nessun modo vietare ai propri dipendenti lo svolgimento di attività gratuite ²¹¹.

Tale esclusione è stata giustamente ritenuta illogica sulla base della considerazione secondo la quale anche attività che il lavoratore svolgesse gratuitamente potrebbero risultare dannose per il buon andamento della pubblica amministrazione e, soprattutto, dovrebbero essere vietate in base all'asserito principio della dedizione totale delle energie lavorative del dipendente a beneficio del datore pubblico ²¹².

A fronte della descritta situazione di scarsa definizione dei criteri che dovrebbero importare la concessione o meno dell'autorizzazione, e che dovrebbero essere determinati dal solo fine di assicurare il buon andamento

²¹¹ E' chiaro, sul piano pratico che, stante la presunzione di onerosità della prestazione lavorativa, non è certamente facile trovarsi di fronte allo svolgimento di attività che, in sede di contenzioso, si possa provare che sono svolte a titolo gratuito (tanto che abbiamo visto che la norma prevede che possano essere tali –e consentite- quelle in favore di associazioni di volontariato). E' comunque chiaro che, anche a fronte di prestazioni gratuite, rimane sempre possibile l'azione disciplinare nei confronti del dipendente che, ad esempio, le eserciti utilizzando di strumenti dell'ufficio, ovvero danneggiando l'immagine dell'amministrazione o comportandosi comunque in modo da integrare la violazione di fattispecie disciplinarmente rilevanti.

²¹² E' innegabile che la scarsa chiarezza in merito a quale sia la ratio dell'istituto e quale sia in definitiva e concretamente il bene tutelato emerge in maniera piuttosto evidente in riferimento alla esclusione delle attività gratuite da quelle proibite; ma tale dato rivela, se ce ne fosse ulteriore bisogno, che l'attenzione del legislatore è (quasi esclusivamente) rivolta al controllo della spesa pubblica.

amministrativo, sono stati individuati, in dottrina come in pratica, una serie di criteri in relazione alla concessione delle autorizzazioni ²¹³.

A fianco di generiche affermazioni, spesso si riscontra lo sforzo delle amministrazioni nel senso di meglio individuare i parametri di tale conflitto quando, ad esempio, tra le incompatibilità specifiche si segnalano i casi in cui il dipendente o il servizio di assegnazione hanno funzioni di controllo o vigilanza, ovvero hanno funzioni relative al rilascio di concessioni, nulla osta o atti di assenso “*comunque denominati anche in forma tacita*” ²¹⁴. Si escludono inoltre i fornitori di beni o servizi per l’Amministrazione, relativamente ai dipendenti coinvolti nel procedimento di individuazione del fornitore e utilizzati dal datore nelle fasi di verifica e di controllo.

Una simile casistica riconduce certamente all’idea, per quanto generica possa essere, di conflitto di interessi ²¹⁵ (ancorché solo potenziale) tra il terzo (e conseguentemente il dipendente pubblico che lavorasse con lui) e l’amministrazione, nello specifico momento in cui quest’ultima, esercitando l’azione pubblica, deve essere trasparente e imparziale.

²¹³ TENORE, *cit.* in LPA 2007, pag. 1107 ss. Per affrontare l’argomento sul piano concreto, ho circoscritto la disamina di concreti regolamenti in materia di incompatibilità alle province e ai comuni capoluogo della Regione Emilia Romagna.

²¹⁴ *Regolamento Prov. BO*, art. 43. Analoghe previsioni, tra le altre, in *Regolamento Prov. FE*, all. E, 3,3; *Regolamento Prov. FC* art. 53; *Regolamento Prov. MO* art. 97 c.3 ultimo punto; *Regolamento Com. FE*, art. 2 e 4 (analizza i casi di conflitto); *Regolamento Com. MO* all. 3, art. 3.

²¹⁵ *Regolamento Prov. BO*, art. 41 richiama come incompatibili gli incarichi o le cariche “*che generano conflitto di interesse con le funzioni svolte dal dipendente o dal servizio di assegnazione, ovvero quelli che per l’impegno o le modalità non consentirebbero un tempestivo e puntuale svolgimento dei compiti di servizio*”. Si specifica che l’autorizzazione può essere concessa per lo svolgimento di funzioni relative alla cura degli interessi personali del dipendente e dei suoi familiari. Gli artt. 44 e 48 individuano gli incarichi accettabili e quelli che non consentono autorizzazione. Anche *Regolamento Prov. FE* all. E art. 1 richiede l’assenza di “*conflitti di interesse tra l’attività della provincia e quelle dei soggetti che conferiscono gli incarichi*”. *Regolamento Prov. MO*, art. 97 indica come requisiti per autorizzare le attività esterne (tanto al personale sotto il 50% quanto a quello sopra) la non prevalenza rispetto al rapporto di lavoro, la non compromissione dell’attività dell’Ente, l’estraneità all’orario di ufficio, l’assenza di conflitto di interesse, la saltuarietà e transitorietà degli incarichi. Se conferiti da soggetti privati questi non devono essere fornitori di beni o servizi per la Provincia o titolari/richiedenti concessioni/autorizzazioni provinciali. L’incarico deve arricchire professionalmente il dipendente e quindi deve essere compatibile con la professionalità che svolge presso la Provincia. Del tutto sovrapponibile la previsione dell’art. 31 della Provincia RE. L’art. 4 del *Regolamento Prov. RA* è analogo, ma introduce il concetto di “*conflitto di interesse materiale o morale con le mansioni espletate o con le funzioni ricoperte presso la provincia*”, che chiarisce essere legato a materie connesse “*a funzioni attribuite o delegate alla provincia o per attività finanziate o sottoposte a controllo, vigilanza coordinamento della Provincia stessa*”.

Il secondo criterio è connesso alla verifica della saltuariet /occasionalit  dell'incarico. Ma pare che tale specificazione sia superflua. Infatti, stante la previsione generale di legge relativa al divieto di svolgere attivit  che presentino i requisiti della professionalit  (da intendersi come continuit  e rilevanza della seconda attivit ), quello della saltuariet  appare essere il presupposto di fatto necessario perch  la fattispecie sia estranea al divieto assoluto e possa rientrare nell'ambito di applicabilit  della disciplina autorizzatoria. Tuttavia, spesso le amministrazioni individuano limiti (temporali) o tetti economici alle attivit , finalizzati a pervenire ad un giudizio di non abitudinariet  cos  da fare rientrare il caso concreto tra quelli autorizzabili. Salvo pochi casi, nei quali l'intervento della regolazione possa specificare che alcune attivit  siano riconducibili tra le incompatibilit  assolute²¹⁶, pare davvero difficile ritenere corretta una decisione che si basi su una valutazione, in termini automatici e quantitativi, dell'incarico che il dipendente intende assumere. Inoltre il riferimento alla abitudinariet /continuit  dell'attivit  extralavorativa costituisce, ancora una volta, un criterio poco valido sul piano pratico: si pensi, ad esempio, che anche una collaborazione di scarso rilievo economico e poco impegnativa (ad esempio connessa ad una collaborazione a scadenza periodica settimanale o addirittura mensile, ma continuativa) potrebbe risultare non occasionale e quindi non autorizzabile.²¹⁷ Con riferimento agli automatismi in parola si assiste alla individuazione, con riferimento a ciascun dipendente, di tetti massimi di ore/reddito per lo svolgimento delle attivit  per le quali si chiede l'autorizzazione²¹⁸. Un simile

²¹⁶ Quasi costantemente i regolamenti, individuando in concreto le incompatibilit  in diritto di cui al comma 6, escludono la liceit  dell'attivit  di coltivatore diretto. In pratica le amministrazioni valutano la riconducibilit  sul piano generale ed astratto di una attivit  autonoma a quei requisiti di professionalit  posti alla base della fattispecie della incompatibilit  assoluta. Cfr. *Regolamento Prov.* RE art. 30 che vieta l'attivit  di imprenditore agricolo e coltivatore diretto insieme a quella di artigiano. Diversamente *Regolamento Prov.* FC art. 53 si limita a vietare le attivit  agricole che producano 2/3 del reddito globale del dipendente.

²¹⁷ In tal senso PAOLUCCI, cit., e TENORE, cit..

²¹⁸ In proposito   frequente l'individuazione di tetti ai compensi, ovvero di numero di incarichi autorizzati, che dovrebbero garantire la non professionalit  degli stessi. Cfr. *Regolamento Prov.* FE all. E 4, indica saltuariet  e occasionalit , non interferenza con l'attivit  ordinaria, natura dell'attivit  in relazione agli interessi dell'Amministrazione, modalit  di svolgimento, impegno richiesto. In vero poi non specifica il contenuto pratico di tali criteri, salvo che in riferimento alla saltuariet , rispetto alla quale richiama i parametri dei 5000 euro e dei 30 gg di impegno annui, poi successivamente, all'art. 52 limita il tempo di svolgimento dell'incarico (non pi  di un anno) e del compenso (che non pu  superare mai i 25.822 euro/anno);

criterio pone innanzi tutto la necessità di distinguere tra gli incarichi assegnati dalla medesima amministrazione ovvero da terzi. Un simile criterio può soddisfare esigenze di equità e non discriminazione nell'assegnazione degli incarichi ai propri dipendenti e pertanto una simile previsione può certamente risultare ragionevole nel primo caso; diversamente è difficile ammettere che il datore di lavoro possa condizionare la gestione del tempo extralavorativo del proprio dipendente (cui proibisce di accedere ad un reddito ulteriore) in base a un criterio che non si fonda sull'effettivo bisogno di soddisfare una propria specifica esigenza organizzativa/operativa. Inoltre, un simile criterio automatico-quantitativo mal si concilia con il fatto che siano state individuate dalla norma le attività libere, che sono sempre tali indipendentemente dall'impegno richiesto. Infine non è assolutamente possibile mettere in relazione questo tipo di criterio con alcuno specifico interesse datoriale (di quello specifico datore). Appare invece evidentemente riconducibile ad un privilegio generale (e generico) di supremazia del datore pubblico rispetto al datore privato, in quanto il primo può vietare al dipendente comportamenti che il secondo deve invece subire.

La possibilità riconosciuta, o comunque effettivamente utilizzata dal datore pubblico di utilizzare simili automatismi, evidenzia ulteriormente la scarsa coerenza di un sistema che prevede un controllo sulle sole attività remunerate che il lavoratore possa svolgere. Con riferimento a tale ultimo aspetto è evidente che l'attività di volontariato (sempre lecita) può ben implicare forme di impegno che possono seriamente compromettere, ad es., il recupero psicofisico dei dipendenti: si pensi all'assistenza in ambulanza ovvero ai servizi di solidarietà notturna, o ancora ad attività ludiche come possono essere l'attività musicale o teatrale, nonché quelle sportive. Eppure il legislatore si è premurato di escluderle (almeno le prime) dai divieti, fermo che si dovrà

Regolamento Com. FE (art. 6) fissa il limite ai compensi nel 50% della retribuzione annua del dipendente (analogamente fa il Comune di MO).

Regolamento Com. MO art. 6 individua come autorizzabili gli incarichi "solo del tutto occasionali e temporanei, che comportino un impegno assolutamente ininfluenza ai fini delle funzioni loro assegnate, considerato che è loro richiesto di destinare ogni risorsa lavorativa a tempo pieno ed in modo esclusivo all'espletamento dell'incarico da dipendente affidato dall'Amministrazione"

ritenere sanzionabile in via disciplinare soltanto una loro eventuale ripercussione negativa sulla prestazione.

Tale incongruenza emerge, in maniera evidente dal fatto che spesso viene fissato nei regolamenti anche il criterio, di per sè condivisibile, secondo cui si considera la astratta compatibilità dell'attività da autorizzare con l'espletamento del servizio. Tuttavia, escludere la compatibilità di una particolare attività gratuita (o di volontariato o da svolgersi in cooperativa) perché potrebbe nuocere alla prestazione lavorativa (ad es. perchè si svolge sempre in orario notturno) è sicuramente ragionevole, ma illegittima, in quanto contrastante con la previsione di legge. Addirittura si riscontra in alcuni regolamenti l'introduzione di obblighi di informazione riferiti ad attività sempre lecite e sulle attività svolte a titolo gratuito nell'ambito del tempo libero²¹⁹. Tale ultima eventualità non trova nessun supporto nella norma e risulta pertanto anche essa illegittima.

E' la stessa norma che, senza lasciare alcun margine di discrezionalità al datore pubblico, impone un limite insuperabile al potere autorizzatorio: le attività gratuite non sono rilevanti in riferimento alla disciplina delle incompatibilità. Tale circostanza evidenzia la scarsa tenuta delle ragioni comunemente addotte a sostegno della validità (in senso lato) dell'istituto²²⁰.

Quanto poi ai criteri soggettivi (cioè riferiti alla persona del dipendente che chiede l'autorizzazione) si è affermato che occorrerebbe tenere in considerazione le specifiche mansioni svolte dal dipendente, anche in relazione alla loro dignità propria, così come il numero degli incarichi già autorizzati ovvero la laboriosità del dipendente e la sua professionalità.

²¹⁹ *Regolamento Prov. FE all E art. 2* prevede comunque che anche incarichi non autorizzabili siano "subordinati alla preventiva comunicazione all'Amministrazione". Ugualmente *Regolamento Prov FC, art.58. Regolamento Com. FE art. 5, Regolamento Com MO all. 3 art. 5*, esplicitamente dichiara che l'autorizzazione "è necessaria anche in caso di attività gratuita". *Regolamento Prov MO art.100* individua gli incarichi che non necessitano di autorizzazione, riconducendoli alle previsioni di legge o a "quelle che comunque costituiscono manifestazione dei diritti delle libertà del singolo", ma impone comunque un obbligo di informazione preventiva. Analogo *Regolamento Com. FE art 5. Regolamento Prov. Ra art. 5 e Regolamento Prov RE 32, c.2*, obbligano comunque alla comunicazione preventiva

²²⁰ In proposito anche TENORE, cit, LPA, 2007 osserva: "la limitazione [ai soli incarichi retribuiti] appare discutibile in quanto anche un incarico gratuito potrebbe risultare assorbente e usurante (o incompatibile con i fini dell'ente pubblico di appartenenza), mentre vi possono essere incarichi onerosi routinari e non logoranti" (p. 1110)

Il riferimento alla professionalità non pare di particolare valore e comunque viene presentata come parametro da utilizzare esclusivamente in favore dell'amministrazione: o perchè la fama del dipendente e l'assunzione di incarichi di particolare importanza potrebbe implicare un ritorno di prestigio in capo all'amministrazione ²²¹, ovvero perchè la stessa professionalità si rafforzerebbe a vantaggio della qualità delle future prestazioni del dipendente ²²².

Simili criteri presentano una eterogeneità di fondamenti (per non dire contraddittorietà) difficilmente superabile e si basano su parametri quali la dignità e il prestigio, che costituiscono elementi non solo assai aleatori, ma anche profondamente discutibili (in relazione alla loro stessa individuazione e alla conciliabilità con un rapporto basato su di un contratto di lavoro).

II. Impossibilità/difficoltà di ricondurre l'istituto all'ambito di esercizio dei poteri del datore di lavoro privato.

Con riferimento all'istituto delle incompatibilità assolute il legislatore ha fatto proprie le previsioni del TU del 1957. La norma non attribuisce ai soggetti coinvolti alcun margine di azione, in quanto fissa dei divieti in capo al dipendente (non esercitare le attività vietate), a fronte dei quali si pongono dei doveri di vigilanza in capo all'amministrazione (controllare il rispetto del divieto) sulla quale, in caso di violazione, gravano alcuni obblighi procedurali (diffida dalla cessazione del comportamento illegittimo). Una volta che questi ultimi si siano correttamente realizzati senza che sia cessata la violazione, la

²²¹ TENORE, cit., LPA 2007 parla di "*positivi ritorni di immagine all'ente di appartenenza*" (p. 1109). Ben diverso il tenore delle osservazioni di PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, 1935, che dando conto delle eccezioni all'obbligo di esclusività a favore di alcuni dipendenti pubblici osserva: "*specie se lo stipendio di cui godono non è adeguato alla importanza e al decoro delle loro attribuzioni, non si vieta [ad alcuni dipendenti] di poter svolgere anche privatamente la loro attività professionale, però sempre in maniera subordinata rispetto alle pubbliche prestazioni da essi dovute*" (pag. 23). Tale situazione viene poi definita "*quasi un privilegium accordato a speciali categorie di impiegati in un campo di attività prevalentemente tecnica*". Sono dunque la scarsa remunerazione e l'esigenza di avere personale tecnico che comunque mantenga il decoro dovuto al proprio ruolo a giustificare la "sospensione" del dovere di esclusività. E' certamente significativo che, a fronte della medesima disposizione legislativa, le "giustificazioni" individuate in due momenti così lontani nel tempo risultino diametralmente opposte.

²²² Regolamento Prov. MO, art. 97.

stessa norma fissa le conseguenze dell'inadempimento (decadenza dall'impiego). Diversamente ci sarà la sola sanzione disciplinare.

Abbiamo già evidenziato che l'inserimento di una disciplina di origine pubblicistica in un sistema di rapporti di lavoro comune presenta alcune forzature. Inoltre una lettura della previsione che sia improntata al principio della parità dei soggetti contrattuali incontra delle difficoltà, oltre ad evidenziare delle contraddizioni che, anche in una prospettiva pubblicistica, potrebbero essere ritenute poco consone allo spirito del testo costituzionale.

Quanto esposto fin qui, relativamente alle ragioni di un intervento legislativo volto a creare obbligazioni all'interno del rapporto contrattuale, impone di relazionare i comportamenti vietati dalla norma con l'esigenza di tutelare un bene (che nel nostro caso non pare comunque chiaramente identificato) dal rischio di una lesione. Risulta evidente che non è per nulla immediato il collegamento tra lo svolgimento di una qualsiasi attività subordinata, imprenditoriale (sia essa commerciale o industriale) o autonoma (sia essa libera professione o meno) e la (pretesa conseguente) lesione dell'interesse/obbligo datoriale a che il dipendente non lo ostacoli nello svolgere una buona azione amministrativa.

Se infatti lasciamo la prospettiva di una speciale soggezione del dipendente pubblico rispetto all'amministrazione e accettiamo che tale soggezione debba in qualche modo essere analoga a quella del lavoratore rispetto ad un comune datore di lavoro, inevitabilmente i termini del suo "sacrificio" di libertà (e della correlata diversità di posizioni rispetto al collega privato) deve in qualche modo essere ancorato alla realtà e ricondotto, quanto meno a condizioni di pericolo, da verificarsi nel caso concreto.

In tale prospettiva il legislatore, pur riconoscendo al datore pubblico alcuni "vantaggi" rispetto al privato, potrebbe aver inteso legare alle singole situazioni concrete la limitazione delle differenze tra lavoratori pubblici e privati. Tuttavia, con riferimento alla materia delle incompatibilità, abbiamo già avuto modo di ripetere che la giurisprudenza ha interpretato i divieti posti dalla legge alla luce di presunzioni (insuperabili) di concorrenza e/o depauperamento dell'energia lavorativa del dipendente. E' evidente che tali presunzioni possono essere sorrette da un presupposto *status*, di speciale soggezione del dipendente pubblico, in quanto orientate a garantire

l'adempimento della prestazione lavorativa a favore di un soggetto "a potere speciale" (in quanto portatore di una supremazia di natura pubblica), attraverso imposizioni che non trovano corrispondenti nel rapporto di lavoro comune. Una volta esclusa una specialità del rapporto di pubblico impiego rispetto al normale rapporto di lavoro, i divieti in parola perdono qualsiasi fondamento e data la loro ampiezza divengono ingiustificati, alla luce della normativa comune.

Una interpretazione che cerca di ricondurre la norma all'ambito del rapporto di lavoro, deve necessariamente ricondurre l'istituto allo schema delle presunzioni *iuris et de iure* che mal si adattano ad un normale rapporto in quanto, almeno, esse dovrebbero risultare superabili in base ad una concreta valutazione delle singole situazioni di specie.

Diversamente una rappresentazione del rapporto nei termini assoluti ora ora indicati (senza cioè alcun riferimento alla concreta realizzazione dei fatti e senza che il Giudice possa in alcun modo valutare il rapporto tra realtà fattuale e previsione astratta) contrasta con i caratteri essenziali di un rapporto contrattuale.

Tanto rilevato, si osserva che, con riferimento ad una simile ricostruzione, si presentano almeno due importanti perplessità: la prima in fatto, la seconda in diritto.

La ragionevolezza e l'effettivo collegamento della presunzione, generalizzata, con la realtà dei fatti non tiene minimamente conto delle diversità concrete delle posizioni e dei ruoli che all'interno della p.a. svolgono differenti gruppi e categorie di lavoratori ²²³.

Esistono in primo luogo diversità soggettive legate alla collocazione dei dipendenti nella struttura amministrativa.

E' evidente che è ben diverso il ruolo di un dirigente rispetto a quello di un bidello o di un autista.

Il primo ha precise responsabilità di risultato e la sua prestazione non è legata ad un orario di servizio, ha un ruolo fondamentale nell'organizzazione dell'azione amministrativa e nel raggiungimento delle finalità dell'ente, svolge

²²³ Fin dal principio della privatizzazione ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle ...*, cit., p. 644, nota come sia opportuno adattare la portata dei doveri del dipendente in relazione al contenuto effettivo della prestazione.

un'attività che ha rilevanza esterna, diversamente il secondo ha un incarico strettamente legato all'esecuzione delle proprie mansioni lavorative, limitate all'orario di servizio, e la rilevanza esterna dei suoi comportamenti è assai contenuta e comunque mai tale da impegnare direttamente l'amministrazione (se non in termini di risarcimento degli eventuali danni civili arrecati a terzi). Inutile ricordare che nel mezzo si collocano differenti posizioni di miriadi di pubblici dipendenti.

Mentre può essere ragionevole ritenere che un dirigente di un ente pubblico non possa dedicarsi adeguatamente all'adempimento della propria complessa ed articolata obbligazione qualora gestisca in prima persona una attività imprenditoriale o sia amministratore (ad es.) di una società di capitali, appare risibile sostenere che il bidello di una scuola, il cui orario di lavoro è precisamente e puntualmente definito, non possa costituire una società di fatto per gestire o cogestire ad es. una cartoleria ovvero un chiosco di gelati (attività questa ultima di tipo stagionale e quindi oltretutto limitata soltanto ad una parte ben definita dell'anno). Innumerevoli sono gli esempi possibili.

Ugualmente esistono notevoli differenze connesse alle singole possibili attività esercitate. Infatti, a fianco degli esempi formulati, relativi a attività extralavorative che per natura siano del tutto "altre" rispetto a quelle dedotte in contratto, se ne possono fare innumerevoli con riferimento allo svolgimento, al di fuori del rapporto di lavoro, di attività affini a quelle dedotte in contratto. Di attività cioè che coinvolgono la medesima professionalità che il dipendente esercita nell'ambito del rapporto di lavoro.

Quand'anche si volesse aderire all'idea che a maggior tutela dell'interesse pubblico risulti corretto e opportuno prevedere presuntivamente l'esistenza di tali incompatibilità appare del tutto irragionevole che tali presunzioni non siano, con riferimento ai singoli casi concreti, superabili.

In questo ultimo caso, infatti, si possono certamente immaginare affinità con la "concorrenza" in senso commerciale, ma la posizione del dipendente appare totalmente diversa da quella del lavoratore del settore privato. Mentre infatti, fermi gli obblighi di riservatezza e quelli relativi all'esercizio della prestazione, un contabile dipendente pubblico non potrebbe svolgere attività continuativa presso uno o più soggetti che avessero bisogno della sua professionalità, il

collega dipendente di una società privata potrebbe farlo e accrescere così la sua professionalità e il suo reddito.

Un'ulteriore rilevante diversità che rende difficile ricondurre l'istituto all'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro è legata ai margini di discrezionalità lasciati dall'ordinamento a quest'ultimo. Egli infatti può decidere se autorizzare o meno il dipendente, può decidere di tollerarne il comportamento, e, qualora intenda censurarlo può ricorrere a sua discrezione allo strumento disciplinare e/o, sussistendone i presupposti, a quello civilistico-risarcitorio.

Diversamente accade nel pubblico con riferimento al nostro tema..

In primo luogo la disciplina è rigida, in quanto i divieti sono insuperabili. Infatti costantemente la giurisprudenza, in base al dettato normativo, nega che abbia il benchè minimo rilievo l'autorizzazione concessa dal datore pubblico in riferimento ad attività incompatibili.

Qualcosa della discrezionalità tipica del datore privato potrebbe essere riconoscibile in capo al datore pubblico qualora si ritenesse che egli potesse legittimamente "tollerare" lo svolgimento di attività vietate da parte di un dipendente, poichè privo di ripercussioni negative sulla sua prestazione lavorativa e sul servizio in generale.

Si potrebbe in tal senso recuperare –almeno in termini funzionali- una lettura "privatistica" dell'istituto della decadenza che abbiamo visto, secondo la Cassazione, deve applicarsi anche a tutti i dipendenti contrattualizzati.

L'istituto della decadenza è stato criticato²²⁴ per la sua sostanziale "inutilità" in quanto il dipendente può svolgere tranquillamente attività proibite senza conseguenze e in caso di diffida potrà decidere se "decadere" (senza alcuna ulteriore conseguenza, visto che una volta venuto meno il rapporto non sarà comunque esperibile alcun procedimento disciplinare) ovvero interrompere l'attività non consentita e sottoporsi ad una eventuale sanzione disciplinare che (difficilmente sarà espulsiva e) dovrà essere comunque improntato ai principi di proporzionalità e gradualità di cui all'art. 2106 c.c. e che sarà poi sempre possibile sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria.

²²⁴ Cfr MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, p. 753

La critica riportata ha certamente una sua fondatezza con riferimento all'effetto di scarsa deterrenza dello strumento in parola, ma –in una prospettiva di maggiore elasticità e efficacia gestionale del personale pubblico- si potrebbe interpretare l'istituto in chiave di avvicinamento della posizione del datore pubblico a quella del datore privato. In tal caso la diffida si potrebbe immaginare come uno strumento, esercitando il quale, il datore pubblico potrebbe por fine ad una sorta di tolleranza di una determinata situazione, analogamente a quanto può fare il datore privato.

Il dirigente cioè, in base a proprie valutazioni di opportunità analoghe a quelle che potrebbe ponderare il datore privato, si troverebbe a valutare le singole situazioni e a pervenire anche a soluzioni differenti di situazioni analoghe (si tratterebbe di un potere “gestionale”, per altro conforme all'idea di gestione del personale con i poteri del privato datore di lavoro).

Tuttavia, pure ritenendo molto interessante questa prospettiva, che non poco gioverebbe all'efficienza dell'amministrazione, credo che essa si scontri con quanto poc'anzi esposto a proposito della assenza di margini di discrezionalità in capo al datore pubblico.

Un ulteriore limite di tale ipotesi è costituito dal fatto che il dirigente, che volontariamente agisse con l'indicata tolleranza si esporrebbe concretamente al rischio di una contestazione disciplinare.

In proposito vale la pena osservare che la norma dell'art. 64 del TU del 57 non richiama la responsabilità disciplinare del dirigente che mettesse in atto un simile comportamento (lo fa esplicitamente con riferimento al dirigente che non rispetti le norme previste dal sistema delle attività autorizzabili), mentre impone al funzionario l'obbligo di segnalare l'incompatibilità della quale sia comunque venuto a conoscenza. Tale silenzio potrebbe spingere a interpretare la norma nel senso di volere escludere tale responsabilità disciplinare nel caso delle incompatibilità assolute, ma una simile lettura, oltre a risultare priva di senso, non escluderebbe comunque in termini assoluti la possibilità di una responsabilità del dirigente “tollerante”.

Infatti non solo un simile comportamento appare in contrasto coi doveri dell'ufficio, ma ci si troverebbe di fronte ad una violazione di regole relative al rapporto di lavoro che già la legge ha valutato come conformi al bene pubblico e che quindi risultano sottratte alla discrezionale valutazione

dell'amministrazione (che non può procedere all'autorizzazione) e, a maggior ragione, a quella del singolo dirigente.

Ulteriormente si osserva che a configurare una dimensione "pubblicistica" della disciplina in parola sta il fatto che, a fronte del dettato normativo, al Giudice non rimane alcuno spazio di giudizio in merito all'eventuale conseguenza della violazione dell'incompatibilità, se non la sola valutazione della legittimità formale/procedurale della conseguenza della violazione.

1. L'assenza di valide giustificazioni per le discipline speciali

Abbiamo visto che nell'ambito dell'incompatibilità assoluta, sono previste alcune norme speciali, soprattutto in relazione allo svolgimento di attività gestionali nelle società a partecipazione/controllo pubblico, nelle società cooperative, ovvero di attività professionali.

Tali eccezioni, frutto di perpetuazione di formule storicamente affermatesi nel nostro ordinamento, risultano oltremodo criticabili non solo in termini di coerenza col sistema privatizzato ²²⁵, ma anche, e forse soprattutto, in termini di coerenza con i principi costituzionali e con l'evoluzione sociale.

Infatti l'utilizzo di dipendenti nella gestione di enti partecipati/controllati risulta sul piano interno fortemente condizionante l'imparzialità dell'amministrazione (e favorisce) sul piano delle interferenze politico/sindacali la realizzazione di interessi che potrebbero non coincidere con l'interesse pubblico e l'efficienza dell'azione amministrativa.

Un simile legame (e strumento di controllo sia dei dipendenti pubblici sia degli enti) abbiamo visto essersi sviluppato nell'ambito dell'azione di controllo sull'amministrazione perpetuato dal fascismo ²²⁶, che esprimeva l'esigenza di

²²⁵ Si pensi alla giustificazione secondo la quale l'attività professionale dei docenti arrechierebbe vantaggio alla qualità dell'insegnamento: è evidente che una simile considerazione proprio perchè costruita in una prospettiva di vantaggio del datore pubblico, a scapito della libertà del dipendente, appare poco accettabile in un contesto in cui il rapporto lavorativo debba essere paritetico e sistematico. La norma infatti priva il lavoratore pubblico di una propria libertà non a tutela del datore ma a suo indiscutibile ed esclusivo vantaggio (in ciò realizzando una radicale differenziazione della sua posizione rispetto a quella del dipendente privato).

²²⁶ Si veda in generale RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, pp. 81-118. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, sottolinea

controllo dell'esecutivo sull'apparato e sull'azione amministrativa, esigenze certamente in netto contrasto con i principi costituzionali di autonomia e imparzialità dell'amministrazione lentamente realizzati dall'ordinamento.

Il fatto che il decreto del 1923 abbia previsto l'autorizzabilità delle nomine negli enti e nelle società controllate dallo Stato, che allora intraprendeva una decisa azione di intervento nell'economia e contestualmente rafforzava il controllo dell'esecutivo sull'amministrazione, non fece altro che estendere quella commistione tra politica e affari e tra politica e amministrazione e tra affari e amministrazione che costituiscono una grave attacco alla credibilità non solo della politica ma anche dell'amministrazione. Esso in buona sostanza perseguiva scopi opposti rispetto alla garanzia dell'autonomia dell'amministrazione che oggi dovrebbero ispirare l'ordinamento e in particolare la disciplina delle incompatibilità.

Simili interferenze incidono oltre che sull'azione amministrativa anche sul suo buon nome e sulla sua credibilità.

Quanto alle specifiche discipline che rendono possibile ad alcune categorie di dipendenti lo svolgimento di attività professionali, appare evidente che esse non sempre sono esercitate nel rispetto di quei parametri che la giurisprudenza individua come limiti oltre i quali l'attività risulta presuntivamente illecita. Infatti appare illogico lo squilibrio tra incompatibilità assoluta prevista per tutti i dipendenti pubblici (non superabile) e libertà (pressochè) assoluta di svolgere attività professionale (in base all'autorizzazione, o anche senza). Tra l'altro, vale la pena notare che la contraddizione appare con chiarezza se si considera che essa può procurare (e spesso procura effettivamente) ai dipendenti libero professionisti introiti importanti e superiori a quelli derivanti dal rapporto di impiego. Si tratta di una circostanza tale da determinare in loro non solo un reale interesse prevalente, rispetto ai doveri dell'impiego, ma anche una

come al suo sorgere lo *status* dei pubblici dipendenti era finalizzato, in una società liberale, a sottrarli contemporaneamente all'influenza dei movimenti politici e delle organizzazioni sindacali presupponendo una dialettica tra Stato e società civile. Diversamente il fascismo tende a superare il quadro liberale, sicchè "nel nuovo contesto l'essere al servizio dello stato non appare più in contraddizione, ma anzi perfettamente coerente, con la militanza nel partito-stato, nè il lavoro presso enti pubblici economici è in contrasto con l'essere rappresentanti di sindacati che a loro volta sono organi dello Stato. La ricomprensione della società civile nell'orbita dello Stato propria dell'ideologia fascista, risolve, per così dire, a monte, i problemi per rispondere ai quali il modello del pubblico impiego si era formato; ciò avviene mediante la negazione sia della dicotomia politica /amministrazione, e quindi del problema dell'imparzialità, sia della dicotomia pubblico/privato" pagg. 307-8.

presunzione (innegabilmente ragionevole) che questi possano venire effettivamente trascurati.

Non basta: si profila infatti un'ulteriore prospettiva discriminante in quanto il possibile superamento dell'incopatibilità è limitato alle sole professioni libere, il cui esercizio impone l'iscrizione ad un albo, cioè le professioni permesse sono solo quelle riconducibili all'esercizio delle "nobili" attività intellettuali²²⁷.

Si perpetua pertanto quel sistema di privilegio di tipo socioculturale per cui, salvo l'esercizio corretto dei doveri d'ufficio (e ci mancherebbe altro!²²⁸), l'ingegnere, l'avvocato o il medico (che tra l'altro già percepiscono stipendi molto più interessanti) possono svolgere attività extralavorative gratificanti e remunerative, mentre il tecnico informatico, il bidello o l'usciere debbono accontentarsi del proprio stipendio senza poter mettere a frutto il loro -spesso notevole- tempo libero (salvo ricorrere allo svolgimento di attività "in nero"²²⁹).

Tornando a considerazioni più propriamente giuridiche pare che solo riconoscendo l'esistenza di uno *status* di soggezione speciale del pubblico dipendente si possano leggere le previsioni relative all'incompatibilità assoluta, in quanto la loro riconduzione ad un rapporto privatistico risulta comunque faticosa e basata su una mutevole quantità di valutazioni discrezionali del legislatore che, già poco sostenibili singolarmente, contribuiscono a determinare un sistema illogico e incoerente, anche in relazione alla effettiva difficoltà di riconoscere il bene che la disciplina stessa intende tutelare.

La disciplina positiva, in vero, risulta essere il portato di una concezione pubblicistica del rapporto di lavoro in evidente contrasto con la riforma (e per certi profili anche con alcuni principi costituzionali, ancorchè non riconducibili a precise norme precettive).

²²⁷ TENORE, *cit.*, parla di "*personale che, risalenti privilegi legislativi, può espletare attività professionale*" p.1121

²²⁸ Cfr. TENORE, *cit.*, 1121 sottolinea come eventuali esigenze professionali non giustifichino in nessun modo un inadempimento dei doveri d'ufficio.

²²⁹ In proposito, contraddicendo le osservazioni di MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, 751-777, mi pare opportuno porsi la domanda se non sarebbe più facile (e utile) far emergere il nero, rendendo possibile la regolarizzazione delle attività extraistituzionali.

A conclusione delle osservazioni fin qui esposte non possiamo che prendere atto del fatto che, in aggiunta alle esposte difficoltà nella riconduzione a un rapporto privatistico di numerosi profili dell'istituto, anche la giurisprudenza ha optato, con riferimento alla disciplina delle incompatibilità assolute, per la estensione al personale contrattualizzato di istituti di incontestabile natura pubblicistica.

Le osservazioni svolte mettono in luce soprattutto l'inadeguatezza del sistema delle incompatibilità assolute, ma anche il regime delle incompatibilità relative risulta problematico.

Innanzitutto appare poco ragionevole la costruzione di un sistema in cui al datore pubblico si attribuisce un potere che per molti versi è analogo a quello disciplinare, con l'effetto di creare una certa "concorrenza" nella applicazione dell'uno o dell'altro.

In secondo luogo impone un controllo della amministrazione sulle attività dei singoli, in base a motivazioni riconducibili esclusivamente a ragioni di monitoraggio della spesa pubblica. Inoltre offre alle amministrazioni la possibilità di fissare criteri discutibili (quali quelli automatico-quantitativi finalizzati ad escludere la continuità dell'attività extraistituzionale) che finiscono soltanto per imporre al lavoratore una "esclusiva" forzata del tutto ingiustificata rispetto al corretto svolgimento della prestazione che è garantita al datore dalle normali regole relative all'adempimento lavorativo.

In realtà, come avremo modo di meglio ribadire, il vero limite dell'istituto delle incompatibilità è costituito dal fatto che la norma non individua con adeguata chiarezza e univocità nessun comportamento incompatibile né i beni/interessi del datore pubblico che la norma intende tutelare.

Se ciò avvenisse sarebbe possibile – e opportuno – che le singole pubbliche amministrazioni individuassero al loro interno quali situazioni concrete potrebbero determinare il verificarsi di danno o pericolo per l'andamento amministrativo.

A fronte della mancata definizione legislativa appena richiamata, appare poco chiara la ragione della definizione di una "doppia" disciplina delle incompatibilità. Infatti, anziché essere un esempio di articolata regolamentazione della tutela del buon andamento dell'azione pubblica, essa

finisce con l'essere l'espressione di una stratificazione/giustapposizione di discutibile efficacia.

A conclusione delle presenti osservazioni, pare opportuno segnalare come nell'ambito della evoluzione dell'istituto si sia evidenziato che l'effettivo bene che deve essere tutelato è costituito dal fatto che – in concreto – non deve venirsi a creare quel conflitto di interessi tra le funzioni delle singole pubbliche amministrazioni, espletate in concreto da alcuni e individuabili tra i suoi operatori, e i soggetti destinatari dell'attività amministrativa.

Può apparire interessante, e al tempo stesso abbastanza chiarificatore della asserita necessità di individuare con decisione quale sia il bene la cui tutela giustifica la compressione di diritti fondamentali della persona, un breve riferimento al sistema inglese ²³⁰. Si tratta di un sistema nel quale la disciplina – di rigorosa definizione unilaterale - dei rapporti di lavoro alle dipendenza dell'apparato statale (*civil service*) coinvolge un numero assai limitato di persone che operano in un ambito ristretto rispetto alla nostra idea di pubblica amministrazione; tuttavia quel sistema, oltre a palesare i propri presupposti, coinvolge non solo i “ministeriali”, ma anche il lavoro dei dipendenti degli enti locali territoriali (e di certi servizi scolastici) e viene ricondotto alla sua specifica rilevanza pubblicistica ²³¹.

In quel sistema è pacificamente e tradizionalmente riconosciuto che i pubblici dipendenti debbono assicurare la loro *accountability*, da intendersi come una affidabilità che non subisca condizionamenti di tipo politico dovuti al fatto che l'azione amministrativa costituisce la concreta attuazione dell'azione di governo, come tale connotata politicamente e riconducibile alle maggioranze

²³⁰ Del tutto affine al nostro sistema amministrativo e di ottocentesca formazione il sistema del lavoro pubblico nell'Ordinamento francese, ove sui pubblici dipendenti gravano precisi doveri di esclusività: in proposito GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, 2005. In generale sul sistema amministrativo francese, che solo tardi arriva a definire un sistema di incompatibilità dei pubblici impiegati, MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985 e BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la révolution au début des années 1970)*, Paris, 1995.

²³¹ In generale sull'organizzazione del lavoro pubblico in Inghilterra WALDEN GOODWIN, *Working in the civil service*, Hove, 1984. Più approfondita l'analisi delle limitazioni imposte all'attività politica dei dipendenti pubblici in DREWRY e BUTCHER, *The civil service Today*, Oxford 1991, p. 127-129. Assai ampio e argomentato è FREDMAN e MORRIS, *The state as Employer. Labour law in the public service*, Londra 1989.

che si alternano alla guida del paese. Pertanto, indipendentemente da quale sia la parte politica al potere, essa deve poter contare sull'affidabilità dell'apparato amministrativo, che resta invariato nonostante l'alternanza delle maggioranze²³².

Il più macroscopico portato di tale impostazione (tra teorica della politica e prassi, date le caratteristiche di quel sistema costituzionale) è che, al fine di garantire tale affidabilità/imparzialità dei funzionari, ad essi è vietata l'adesione a partiti, la manifestazione pubblica di prese di posizione politiche e la candidatura alle elezioni²³³. Una volta chiarito quale sia il bene da tutelare (l'apoliticità dell'amministrazione) l'ordinamento ha stabilito che, a livello decentrato, non sia permesso ai dipendenti degli Enti locali l'assunzione di cariche politico-amministrative negli stessi ambiti territoriali nei quali prestano servizio (questo accade tra gli altri anche agli insegnanti cui è proibito essere eletti negli organi territoriali di governo della scuola in cui lavorano)²³⁴. Il fatto che tale limitazione sia prevista per i soli enti cui sono legati da un rapporto di lavoro (con la conseguente possibilità di assumere cariche in altro ambito territoriale) non è stato esente da critiche, stante il permanente rischio di intrecci politico/partitici anche tra differenti enti territoriali. Alla stessa maniera, in capo ai dipendenti pubblici, qualora ricoprano specifici incarichi, che potremmo definire sensibili e vengono individuati dalle stesse amministrazioni, esistono obblighi informativi riguardo agli interessi e alle partecipazioni economico finanziarie loro e dei famigliari²³⁵. Si tratta di casi

²³² Cfr FREDMAN e MORRIS, cit., p. 208, *"In the private sector accountability of employees means non more than responsibility to the employer. Where the state is employer, however, the question of accountability requires a balance to be struck between the executive, the legislature and, ultimately, the public interest. The balance is determined by constitutional conventions. Secondly, their constitutional status is used to justify constraints on public employees' individual liberties which are not shared by their private sectors counterparts."*

²³³ L'House of Commons disqualification Act 1975 s.1, elimina per tutti i dipendenti pubblici di qualsiasi livello la possibilità di essere membri della camera. Anche per candidarsi alle elezioni occorre prima dimettersi (in base al Code del 1984). Cfr. FREDMAN e MORRIS, cit., p. 218.

²³⁴ La disciplina relativa ai dipendenti degli enti locali è contenuta nel Local Government act 1971 s. 115

²³⁵ FREDMAN e MORRIS, cit., pag. 242, ricorda che secondo il *Civil service Code* (1984) i dipendenti non si possono mettere in condizione per cui "their duty and private interests conflict, and must not use of their official position to further those interests". E' loro permesso investire ma non la speculazione. E' vietato sfruttare le informazioni di cui siano in possesso per speculare.

nei quali i dipendenti in parola partecipino alla assunzione o alla gestione di responsabilità economiche nell'ambito del proprio incarico lavorativo al fine di assicurare che essi non siano (direttamente o indirettamente) portatori di interessi potenzialmente confliggenti con quelli collettivi. La previsione, quindi, dopo aver individuato un rischio potenziale non si occupa in via generale ed astratta di limitare le libertà individuali di tutti i dipendenti, ma pone l'attenzione al concreto svolgimento della loro attività lavorativa, al fine di assicurare una protezione al bene pubblico che viene identificato con la necessità che i soggetti che agiscono per la amministrazione siano "affidabili" in termini di distacco personale rispetto alle attività che debbono svolgere. Solo in tal prospettiva, quel sistema accetta che particolari e stringenti obblighi connessi al controllo della loro vita privata, siano imposti al personale di polizia ²³⁶.

Con riferimento alla prospettiva italiana, che pure è radicalmente diversa da quella appena richiamata, data l'assimilazione del rapporto di lavoro pubblico a quello privato, l'individuazione *ex lege* di un obbligo di informazione da parte del dipendente pubblico al suo datore di lavoro, relativamente a tutti gli interessi (economici e non economici) connessi alla sua vita privata extralavorativa, potrebbe permettere di esercitare un adeguato controllo sulle interferenze che tali interessi potrebbero eventualmente avere sul buon andamento della pubblica amministrazione. Ogni conseguente decisione presa dal datore pubblico in relazione alle informazioni acquisite (dal mutamento dell'incarico alla diffida a far cessare l'eventuale situazione di incompatibilità) verrebbe a essere ricondotto all'esercizio del suo potere organizzativo e gestionale, con l'effetto di ricondurre l'eventuale inadempimento del citato obbligo di informare correttamente il datore, all'ambito della sanzionabilità disciplinare.

Sia nel primo che nel secondo caso, le decisioni datoriali potrebbero risultare sindacabili, con riferimento ai singoli casi concreti, dall'Autorità Giudiziaria. In tal maniera si potrebbero ricondurre i rapporti tra datore e lavoratore all'ambito di una relazione paritetica nella quale l'utilizzo dei poteri datoriali (a

²³⁶ Con riferimento alle forze di polizia, cfr. FREDMAN e MORRIS, cit., p. 216 "*Generally restrictions on political activity at either national and local level, and there is often an exception for trade union activities.*"

fronte dei comportamenti del lavoratore) troverebbe un adeguato vaglio da parte di un soggetto *super partes*.

2. Una importante novità: l'introduzione del comma 1-bis dell'art. 53 operata dal D.Lgvo 150/09.

Nell'ambito della previsione di cui ci stiamo occupando, rispetto alla quale abbiamo denunciato la mancanza di una *ratio* univoca e, conseguentemente, di una disciplina positiva coerente è recentissimamente intervenuto il legislatore che ha inserito un comma 1-bis nell'art. 53 del D.Lgvo 165/01 ²³⁷.

Tale comma prevede che siano preclusi gli incarichi “*di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni*”.

Appare chiaramente che la previsione non individua una incompatibilità in senso stretto, ma prevede un esplicito divieto in merito all'individuazione di soggetti cui attribuire specifici incarichi direttivi.

Si comprende come la norma costituisca una significativa innovazione nel nostro ordinamento, in quanto prevede la limitazione dell'accesso a specifiche posizioni nel pubblico impiego in relazione a soggetti che hanno legami forti con soggetti politici o sindacali.

In decisa controtendenza rispetto a quanto evidenziato nelle pagine precedenti, la relazione in parola non è una relazione ad esclusivo contenuto economico. Infatti, oltre che a rapporti di “collaborazione” o “consulenza”, si fa esplicito riferimento a “cariche”: queste ultime indicano uno stretto legame tra il soggetto e l'organizzazione senza che tale legame implichi una remunerazione e anzi ben può essere ricondotto a una connessione di tipo ideale e/o culturale certamente riconducibile all'espressione di diritti della persona di rilievo costituzionale.

²³⁷ L'inserimento è stato effettuato ad opera dell'art. 52 del D.Lgvo n. 150 del 27 ottobre 2009, attuativo della L.15/2009. E' evidente la “diversità” della previsione rispetto alla disciplina contenuta nell'articolo, che appare così ancora più composito nella sua finale enunciazione.

La novella, cioè, rompe lo schema della assoluta liceità delle attività gratuite individuando come negativa per l'amministrazione l'esistenza di un legame tra il dipendente e organizzazioni sindacali o partitiche, organizzazioni cui la Costituzione riconosce un ruolo fondamentale per la vita della Repubblica.

La *ratio* della previsione è espressione della preoccupazione del Legislatore che soggetti che assumono un ruolo di rilievo, in quanto svolgono funzioni direttive, e in un ambito di particolare delicatezza per l'efficienza dell'amministrazione (quale è la gestione del personale) possano essere influenzati nella loro azione da condizionamenti derivanti dalle proprie relazioni personali che trovano radici nella vita personale extralavorativa ²³⁸.

Ma stavolta il Legislatore, lungi dal prevedere un generico divieto, individua con chiarezza i "limiti" del pericolo dal quale intende difendersi: non è bene che svolgano specifici incarichi dirigenziali nell'ambito della gestione del personale soltanto quelle persone che hanno recentemente avuto ruoli fondamentali in quelle stesse organizzazioni (sindacali e/o politiche) che sono frequentemente interlocutori dell'amministrazione e i cui interessi possono non coincidere con quelli dell'ente pubblico.

E' evidente che in questo caso, a fronte di tutte le osservazioni che si possono formulare sulla opportunità di individuare quegli specifici limiti alla disposizione ²³⁹, la norma tende ad assicurare –quanto meno in termini di probabilità e di immagine- l'imparzialità dell'azione amministrativa e la sua salvaguardia rispetto a possibili condizionamenti, anche a costo del sacrificio delle posizioni soggettive di alcuni singoli dipendenti.

²³⁸ Si può certamente in proposito richiamare quanto già detto a proposito dei "centri di interesse concorrente con l'interesse dell'Amministrazione" cui la Giurisprudenza riconduce la ratio dell'incompatibilità, ma è evidente che il superamento del presupposto secondo cui la pericolosità consiste esclusivamente nella natura economica della relazione tra dipendente e realtà esterna al datore di lavoro costituisce una radicale innovazione del sistema.

²³⁹ La più probabile delle contestazioni che potrà suscitare la norma è quella secondo cui il sacrificio dei diritti personali alla partecipazione diretta alla vita politica e sindacale non risulterebbe giustificato e determinerebbe un'intollerabile lesione di detti diritti oltre a creare una discriminazione tra dipendenti. Non credo comunque che sia possibile ipotizzare censure di incostituzionalità, stante la previsione del comma 2 dell'art. 98 della Costituzione e il fatto che l'individuazione dei richiamati paletti, salvo che presenti il requisito della irragionevolezza (cosa che non pare avvenga), sarebbe incontestabilmente riconducibile all'esercizio della discrezionalità del Legislatore. Per le connessioni con il comma 2 dell'art. 98 si vedano i riferimenti bibliografici individuati nel cap I alla n. 15 e ss.

Una simile scelta pare non solo pienamente rispondente al bisogno di assicurare all'azione amministrativa i requisiti individuati dall'art. 97 della Costituzione, ma anche idonea a avviare un ripensamento generale sul tema delle incompatibilità nel pubblico impiego. Infatti, nonostante la sua apparente limitatezza²⁴⁰, la disposizione ha una grande vastità di applicazione e incide su un aspetto della vita personale dei dipendenti, quale la vita politica e/o sindacale, da sempre oggetto di una tutela (giustamente) estesissima e non necessariamente di natura economica.

Un ulteriore aspetto di novità è costituito dal fatto che la norma non è generalizzata: essa individua chiaramente i limiti della propria operatività sia in termini oggettivi sia in termini soggettivi. Essa infatti individua, delimitandoli, i soggetti che si trovano ad essere potenzialmente "pericolosi" per gli interessi dell'amministrazione, ma delimita anche i confini della loro pericolosità: è inopportuno che soggetti fortemente politicizzati/sindacalizzati assumano incarichi che implicino la diretta imputazione all'ente datore di lavoro di decisioni sulla gestione del personale.

Il divieto non riguarda genericamente tutti i dipendenti o tutte le posizioni di impiego all'interno delle amministrazioni. Senza ulteriormente soffermarsi sul tema e alla luce delle critiche fino ad ora mosse all'assetto della disciplina delle incompatibilità, non si può che auspicare che l'introduzione del comma 1-bis nel corpo dell'art. 53 costituisca soltanto l'inizio di una serie di analoghi interventi, così che si possa addivenire ad un sistema in cui, senza inutili e sproporzionati sacrifici delle libertà individuali, si possa costruire un sistema di divieti effettivamente funzionale e coerente alla tutela dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

²⁴⁰ Nella medesima direzione, ma non con analoga pregnanza vista la sua collocazione nella legislazione di settore, il D.Lgvo 81/2008 art. 13 comma 5 ha stabilito: "5. *Il personale delle pubbliche amministrazioni, assegnato agli uffici che svolgono attività di vigilanza, non può prestare, ad alcun titolo e in alcuna parte del territorio nazionale, attività di consulenza*".

III. L'istituto delle incompatibilità e l'Ordinamento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni

1. Circostrizione del problema: specialità di status del dipendente o specialità della disciplina determinata dai fini perseguiti dal datore.

Quanto fin qui osservato ha messo in luce come la vigente disciplina delle incompatibilità presenti non pochi elementi di contraddittorietà e come questo sia dovuto al dato oggettivo costituito dal fatto che il legislatore ha voluto affrontare e risolvere, senza grande successo, esigenze tra loro differenti.

Tuttavia, non è solo questo il motivo di tale mancanza di coerenza. Infatti il legislatore, pur limitandone in certo senso l'efficacia, ha voluto mantenere in vita un istituto preesistente, ma nel confermarne la vigenza non ha adeguatamente soppesato i suoi effetti sul piano sistematico.

In proposito si pongono all'interprete alcune questioni. In primo luogo e preliminarmente ci si dovrà chiedere se l'istituto in sé (al di là delle singole disposizioni positive) possa armonizzarsi con la riforma di privatizzazione o meno. Occorre cioè chiedersi in che misura il legislatore abbia definito uno schema generale delle incompatibilità che si possa giustificare senza dover ricorrere alla specialità dello *status* del dipendente pubblico, tradizionalmente invocata. Infatti se si pone al centro (e a giustificazione) della disciplina lo *status* speciale del dipendente pubblico, come inevitabile correlato, si deve affermare la supremazia della pubblica amministrazione rispetto ai propri dipendenti e la sua possibilità di gestire i rapporti con atti di imperio con la conseguenza di creare un significativo *vulnus* nella riforma del pubblico impiego che si fonda sulla contrattualizzazione (con riferimento al contratto di lavoro comune) del rapporto lavorativo e sulla (conseguente) gestione del personale da parte dei datori pubblici con i poteri del privato datore di lavoro.

E' evidente che l'istituto presenta elementi significativi di diversità rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro nell'ambito privato e rispondere che tale diversità si basa sulla specialità del rapporto di lavoro pubblico chiuderebbe la questione, ma appare frettoloso. Occorre ribadire infatti che una cosa è la specialità del rapporto mentre altra cosa è la possibile diversità della disciplina, giustificabile in base agli scopi per i quali tra specifici soggetti si instaura un rapporto lavorativo.

Quello che si intende dire è che sono innumerevoli le previsioni normative che intervengono a differenziare alcune regole nei comuni rapporti di lavoro in base alle specifiche esigenze dei soggetti che tali rapporti instaurano. Si pensi ad esempio alle previsioni normative relative ai presupposti legittimanti la stipula dei contratti stagionali, di quelli a termine o più in generale alla flessibilità contrattuale ²⁴¹.

In tutte queste situazioni il legislatore fa riferimento non alla specialità del rapporto, ma alla “diversità” (che in termini giuridici si riconduce alla specialità) delle circostanze in cui determinati soggetti decidono, quali datori di lavoro, di instaurare rapporti lavorativi, senza che per questo venga meno tra le parti stipulanti un rapporto contrattuale (almeno formalmente) paritario.

Alla luce di tale evidente circostanza, cerchiamo di ricondurre la disciplina delle incompatibilità nel più generale contesto del rapporto di lavoro, senza ricorrere alla specialità di *status* del lavoratore pubblico.

E’ evidente che ricondurre la disciplina dell’istituto ad una perdurante specialità del rapporto di lavoro, da intendersi nella prospettiva della speciale subordinazione del lavoratore pubblico al proprio datore, basata non sulla peculiarità del fine perseguito dall’amministrazione ma sulla specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto pubblico, costituisce in sé una evidente contraddizione rispetto al sistema privatizzato. In particolare, seguendo una simile prospettiva, dovremmo concludere necessariamente che, almeno con riferimento alla disciplina delle incompatibilità, il legislatore abbia voluto mantenere il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni in un ambito pubblicistico. In un contesto cioè in cui a essere speciale sia il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni escludendo che ci si possa trovare di fronte ad una specifica disciplina relativa ad un normale rapporto di lavoro (contrattuale e) privatistico, che presenti elementi di specialità.

L’ipotesi che il legislatore abbia voluto mantenere un sistema pubblicistico può a prima vista sembrare la più immediata giustificazione della sua scelta di conservare alla legge la disciplina delle incompatibilità, escludendola dalla materia regolata per via contrattuale, e della decisione (per certi aspetti anche

²⁴¹ In proposito si richiama C.Cost., sent. 89/2003, che ben specifica come elementi di specialità possano mantenersi, in ragione delle caratteristiche del soggetto pubblico, anche nel rapporto di lavoro privatizzato con le pubbliche amministrazioni.

più stringente) di mantenere sotto la medesima disciplina tutto il personale pubblico, privatizzato e no ²⁴².

Appare evidente dunque che due sono le strade percorribili nel tentativo di studiare l'istituto sia nei suoi presupposti sia nella declinazione nel diritto positivo: analizzare gli aspetti della normativa alla luce di una idea pubblicistica ovvero cercare di ricondurli all'ambito del rapporto contrattuale.

La prima ipotesi ci porta a mantenere, almeno con riferimento all'istituto in parola, tutta la disciplina nell'ambito della tradizionale sistematica del pubblico impiego, ampiamente affrontata dalla dottrina amministrativistica. Conseguentemente i parametri logici di riferimento dovrebbero essere la specialità di *status* soggettivo del dipendente pubblico, correlato alle categorie del diritto amministrativo in relazione all'esercizio dei poteri di imperio riconosciuti all'amministrazione nella regolazione del rapporto di lavoro.

Nel secondo dovremmo invece, sulla scorta della specificità (termine che al momento è preferibile a specialità) soggettiva del datore pubblico, valutare la riconducibilità della materia al rapporto di lavoro. Nel seguire questa seconda prospettiva cercheremo di fare riferimento alla natura e alla previsione astratta dell'istituto delle incompatibilità, senza dimenticare l'analisi delle singole soluzioni concretamente adottate dal legislatore e già illustrate nel precedente paragrafo.

2. Le incompatibilità nel pubblico impiego non sono riconducibili alle previsioni dell'art. 2105 c.c.: i beni tutelati.

Dunque, al fine di verificare se sia possibile ripensare coerentemente in ambito privatistico almeno le linee generali dell'istituto, cerchiamo di riflettere sulla sua ragion d'essere su di un piano teorico e con riferimento alla sua collocazione sistematica nell'ordinamento lavoristico, che è per molti aspetti regolato da previsioni di legge che disciplinano specifici aspetti del rapporto obbligatorio senza che venga riconosciuto alla contrattazione alcun margine di intervento. Tuttavia, non si dubita che tali interventi *ex lege* all'interno della

²⁴² Cfr PAOLUCCI, *Incompatibilità cumulo di impieghi ed incarichi*, in CARINCI F. ZOPPOLI L., *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, UTET, Torino 2004, p. 796 ss.

disciplina del rapporto contrattuale implicino uno stravolgimento della natura del rapporto e la sua sottrazione alla disciplina comune.

Nella prospettiva comparatistica tra lavoro privato e lavoro pubblico è parso del tutto naturale formulare un immediato accostamento tra l'istituto in parola e quello disciplinato dall'art. 2105 del c.c., per poi immediatamente evidenziarne i significativi tratti di diversità ²⁴³.

Richiamando tale norma occorre ricordare un duplice ordine di problemi.

Infatti i commentatori si sono soffermati da un lato sulla definizione delle fattispecie da essa descritte, ma dall'altra si sono chiesti se tali fattispecie siano da ritenersi soltanto esemplificative di un più ampio dovere di fedeltà gravante sul lavoratore subordinato che possa ritenersi violato da una serie di ulteriori comportamenti innominati rispetto alla messa in opera di atti concorrenziali o alla divulgazione delle notizie aziendali. ²⁴⁴

²⁴³ cfr PAOLUCCI, *cit.*, pp. 796-7; D'APONTE, *cit.*, p. 547; CORSO GIUGLIANO, *Commento all'art. 58 d.lgs. 29 del 1993* in CORPACI-RUSCIANO-ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, 1999, p. 1399.

²⁴⁴ La problematica questione risulta originata dal fatto che la rubrica dell'art. 2105 richiama esplicitamente il concetto di fedeltà, la cui definizione come categoria giuridica appare tutt'altro che agevole. In proposito MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957, contestando l'esistenza nell'ordinamento italiano di una nozione di comunità di impresa, nega l'esistenza di una specifica fedeltà del lavoratore e afferma che “*gli obblighi dell'art. 2105 solo un pallido simulacro di fedeltà cui ben più si addirebbe la nozione di “correttezza” vale a dire una direttiva la quale lungi dal presupporre un'idea di comunità è integralmente contenuta nel rapporto obbligatorio come situazione giuridica complessa*” (pagg. 123-24). Egli in particolare basa la sua negazione dell'esistenza dell'obbligo di fedeltà sulla base della negatività delle previsioni normative poste non a tutela di un generico pregiudizio, ma soltanto a tutela di ben specifiche ipotesi di danno (quello derivante da concorrenza o diffusione di notizie da parte del lavoratore).

Di diverso avviso TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982 che dopo aver ampiamente discusso il concetto di fedeltà (che definisce “*figura enigmatica ma non inafferrabile*” p. 96), arriva a sostenere l'esistenza di un obbligo accessorio di fedeltà come “*congeniale al rapporto fiduciario di lavoro*” (p. 239) non da intendersi in modo assoluto ed incondizionato. In tale prospettiva l'art. 2105 sarebbe la concreta enunciazione di tale obbligo con la conseguenza che i comportamenti vietati dalla norma sono certamente infedeli ma non esauriscono la categoria di tali possibili comportamenti infedeli (p. 240).

Del tutto diversa la prospettiva di CESSARI, *Fedeltà lavoro impresa*, Milano 1969 il quale relaziona il dovere di fedeltà non nei confronti del datore di lavoro, bensì nei confronti dell'impresa intesa come comunità e individua come interesse tutelato dalla norma non quello finale e individuale dell'imprenditore, bensì quello mediato e strumentale dell'organizzazione di lavoro (p. 144).

ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2003 (in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Schelesinger*) ritiene che l'art. 2105 non sia “*fonte di obbligazioni ulteriori nè positivi nè negativi a cui il lavoratore sia vincolato anche nella sua vita privata*” (p. 310 del vol. III).

La questione del rapporto tra la rubrica e il contenuto della norma è illustrata da MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro – art. 2105 cc.* in Schlesinger P. e Busnelli F., *Collana il codice civile – Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002 p. 3-16.

Con riferimento al primo aspetto si è arrivati a definire il contenuto della fattispecie descritta dalla norma ²⁴⁵, mentre con riferimento al secondo ci si è avventurati sulla strada della ricerca di una possibile definizione (non tanto dello specifico degli obblighi di non concorrenza e riservatezza quanto) della ampiezza del contenuto dell'obbligazione lavorativa ²⁴⁶.

Su tale ultimo percorso si sono mossi autori che hanno inteso costruire un confine più o meno vasto all'ambito del vincolo obbligatorio del lavoratore con riferimento a valori e principi che esulano rispetto al complesso delle obbligazioni che si possono ricondurre a quanto ricavabile dal complesso intreccio tra le previsioni di cui agli articoli 2094, 2104, 2106 e alla fattispecie enunciata nel corpo dell'art. 2105. ²⁴⁷

Tale prospettiva tende a porre i confini degli obblighi connessi al rapporto di lavoro anche al di fuori dell'ambito definito dalla puntuale esecuzione della prestazione lavorativa e giunge a investire la sfera privata della persona del lavoratore ²⁴⁸. Essa tende cioè a definire una sorta di *status* del lavoratore

²⁴⁵ Sul tema risulta assai ampia MATTAROLO, *cit.*, pagg. 58-107 con riferimento al primo elemento dell'articolo, pagg. 155-213 con riferimento al secondo.

²⁴⁶ MANCINI, *cit.*, p. 47-52, fonda in termini oggettivi l'inadempimento basato su una coincidenza tra adempimento e diligenza, distinguendo il contratto dal rapporto e specificando che l'inadempimento per essere tale necessita "dell'impossibilità obiettiva richiesta dall'art. 1218 cc".

L'autore dopo aver ampiamente analizzato il rapporto tra adempimento e doveri di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. sostiene che la buona fede richiede di salvaguardare *ante diem* l'adempimento in riferimento alla realizzazione dell'interesse protetto dell'altro contraente (p.91). Quindi nella prospettiva di valutare l'ampiezza del dovere del lavoratore di operare tale salvaguardia al fine di non vedersi imputare l'eventuale successiva impossibilità dell'adempimento, discute sulla definizione e individuazione di doveri preparatori in capo al debitore di lavoro. Si tratta di quei comportamenti che il lavoratore deve mettere in atto al fine di rendere possibile il proprio adempimento nell'interesse dell'altro contraente. L'autore, che ritiene che la violazione di tali comportamenti possa ritenersi generatrice di responsabilità (indiretta) del debitore qualora si verifichi l'inadempimento, esclude comunque che essi possano avere rilievo con riferimento ad una possibile sanzionabilità, qualora il lavoratore fornisca una esatta esecuzione della propria obbligazione. Che la sola messa a rischio dell'obbligazione, dovuta alla violazione di tali doveri preparatori, non dia vita ad una responsabilità contrattuale del lavoratore è pacifico in giurisprudenza e in dottrina, anche se tale opinione è stata discussa in riferimento "alla messa a rischio" di prestazioni lavorative dal contenuto particolarmente delicato (nella specie la guida di un aereo): PROIA, *Doveri preparatori delle prestazione e obbligo positivo di fedeltà*, nota a Cass. Lav. 11657/1990 in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 1991-II, pagg. 829-839.

²⁴⁷ In generale sul complesso contenuto dell'obbligazione del lavoratore si veda la sintesi DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in *Il Lavoro subordinato*, a c. CARINCI, Torino 2007, vol XXIV del *Trattato di Diritto privato* diretto da BESSONE.

²⁴⁸ MANCINI, *cit.*, 154-161 svolge interessanti osservazioni con riferimento all'uso che il lavoratore fa del suo tempo libero e sostiene che il limite dell'esigibilità di pretendere l'astensione da comportamenti che mettano a rischio l'esecuzione della prestazione è costituito

subordinato (che per quanto qui interessa sarebbe analogo a quello del lavoratore pubblico).

E' pur vero che tale impostazione, così come tutte le altre che tendono a ricondurre l'operatività dell'obbligo di cui all'art. 2105 anche a comportamenti ulteriori rispetto all'esecuzione della prestazione lavorativa non riescono a slegare completamente il contenuto del dovere imposto al lavoratore dall'effettivo interesse della controparte contrattuale.

Infatti è stato notato ²⁴⁹ che, al di là delle specifiche ricostruzioni teoriche relative agli obblighi originati dall'art. 2105, esiste un nucleo essenziale che nessuno mette in discussione. Tale nucleo presenta tre elementi: individua obblighi di mera astensione, riguarda comportamenti estranei all'ambiente di lavoro e risulta posto a tutela dell'interesse datoriale al conseguimento del profitto.

Appare evidente che due di tali elementi si presentano anche con riferimento al rapporto di lavoro col soggetto pubblico con riferimento alla previsione delle incompatibilità. Infatti, indipendentemente da quanto osservato in merito alla disciplina positiva dell'istituto, così come predisposta dal legislatore, non vi è dubbio che le incompatibilità sono riconducibili ad obblighi negativi (non fare cose) e risultano del tutto estranei all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Ciò che sembra allontanare i due istituti è l'oggetto della tutela: infatti è evidente che il datore pubblico non ha alcuna posizione di mercato da tutelare. Ma su questo ultimo aspetto del confronto torneremo.

In sostanza, al di fuori dell'esecuzione della prestazione lavorativa, l'art. 2105 vieta di tenere comportamenti che possano arrecare un danno fondamentale all'impresa ²⁵⁰.

Diversamente, si osserva, il dipendente pubblico è obbligato ad un particolare obbligo di fedeltà, determinato dal suo legame con il soggetto pubblico che

dall'uso proprio del tempo libero, che risulta tutelato dalla legge maggiormente rispetto all'interesse del soggetto creditore della prestazione. Conseguentemente l'autore ritiene che, in caso di inadempimento della prestazione ad es. per infortunio occorso durante una gara sportiva, esso non sarà mai imputabile al lavoratore stante la riconducibilità dell'attività sportiva alla finalità propria del tempo libero.

²⁴⁹ MATTAROLO, cit., p. 53

²⁵⁰ Per la Giurisprudenza e la dottrina sull'art. 2105 c.c. ampia trattazione e ricca bibliografia in MATTAROLO, cit.. Si veda anche BINOCOLI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a c. CENDON, Torino, 2009, II, p. 583 e ss.

gode di specifici privilegi (che vengono comunemente giustificati con facilità, in base al fatto che persegue un interesse generale). La giurisprudenza è giunta a definire il contenuto di tale obbligo, secondo un'elaborazione formulata e consolidata nel corso dei decenni e, come abbiamo già evidenziato²⁵¹, tale definizione del dovere del lavoratore risponderebbe a due sostanziali requisiti: da un lato il lavoratore pubblico non deve avere altri e ulteriori centri di interesse (economico) estranei all'amministrazione di appartenenza, in quanto ciò lo distrarebbe dall'adeguato compimento del proprio dovere, e dall'altro egli ha un preciso dovere di dedicare all'amministrazione stessa tutte le sue energie astenendosi da ogni attività che, determinandone l'inevitabile consumazione, priverebbe il datore della piena efficienza della prestazione.

In vero simili affermazioni racchiudono in sé, oltre a una pur discutibile definizione (tendenzialmente generale ed astratta) del contenuto dell'obbligo del dipendente, anche una ipotesi di *ratio* dell'istituto. Intendendosi per *ratio* la ragione della esistenza della previsione in termini teleologici, la definizione richiamata palesa evidentemente che, in forza della specialità del suo *status* e del conseguente rapporto che lega datore e lavoratore, è assicurato all'amministrazione una soggezione del dipendente pubblico molto superiore rispetto a quanto non accada al datore di lavoro privato.

Si badi bene: la citata supremazia, che in linea di principio potrebbe essere per qualsiasi datore di lavoro un utile strumento per garantirsi un ottimo livello delle prestazioni, è del tutto slegata sia dal contenuto oggettivo della prestazione sia dall'interesse perseguito dal datore e risulta esclusivamente legato alla soggettività pubblica di quest'ultimo.

Fino alla riforma (e ancora oggi per la parte trasfusa nella normativa vigente) sulla base di simili presupposti interpretativi la normativa positiva relativa alle incompatibilità appariva sufficientemente giustificata in ragione del carattere pubblico del rapporto di impiego, ancorchè limitasse l'attività extralavorativa del lavoratore e lo ponesse in una condizione di diversità di trattamento (in termini di maggiore e –crediamo- eccessiva soggezione) rispetto al lavoratore del settore privato. Senza che fosse necessario l'intervento della Consulta, si è sempre ritenuto che l'esistenza di tali diversità fosse ragionevolmente dovuta proprio alla particolare connotazione pubblicistica del rapporto di impiego.

²⁵¹ Cfr. Cap. II

Non a caso, come abbiamo visto, la Giurisprudenza, che pur è andata elaborando una sorta di “circoscrizione” dell’area delle attività non compatibili con lo *status* di pubblico dipendente, non ha concretamente riflettuto sulla “sensatezza” e sulla coerenza (sia sistematica che funzionale) della disciplina, trovando essa un fondamento nella norma positiva, pienamente legittimata dalla volontà del legislatore, che ha/aveva radicalmente differenziato, quanto alla costituzione e alla disciplina, il rapporto di pubblico impiego rispetto al rapporto di lavoro comune.

Con l’avvento della privatizzazione, volendo rileggere le normativa in relazione a questa “tradizionale” *ratio* in un’ottica che cerchi di ricondurre le regole del pubblico e quelle del privato nello stesso ambito sistematico, si deve ricorrere comunque ad alcune forzature per almeno due ragioni.

In primo luogo i doveri in parola sono del tutto estranei rispetto alla sinallagmaticità del contratto. Non esiste cioè alcun rapporto tra i divieti previsti e il teorico contenuto e/o concreto svolgimento delle mansioni dedotte in contratto ²⁵².

Per ricondurre la disciplina delle incompatibilità assolute all’alveo della contrattualizzazione e volendo utilizzare le esistenti norme di diritto comune, occorre infatti far ricorso allo strumento delle presunzioni. Si deve sostanzialmente affermare che, con riferimento all’art. 2105 c.c., si presume che ogni attività subordinata, professionale, commerciale, industriale del dipendente configuri attività di concorrenza nei confronti del datore di lavoro, ovvero si deve sostenere che tali attività risultino sempre e comunque così assorbenti da determinare una conseguente inadeguatezza della prestazione resa dal lavoratore. Si tratta di una presunzione aprioristica non superabile (stante il dettato della norma) ²⁵³, del tutto estranea alla valutazione delle situazioni concrete e del tutto slegata (ed è questo l’aspetto più rilevante)

²⁵² MATTAROLO, *cit.*, scrive: “*il problema della rilevanza dei comportamenti extralavorativi va risolto o negando loro ogni rilevanza –se si ritiene che la giusta causa si risolva solo in ipotesi di inadempimento contrattuale- o secondo altri criteri che con l’obbligo di fedeltà hanno poco a che fare*” p. 243.

²⁵³ Costantemente la giurisprudenza ha sottolineato come con riferimento alle incompatibilità di cui all’art. 60 e ss del Dpr 3/57 non vi fosse in capo all’amministrazione alcun margine autorizzatorio, stante la previsione normativa di assoluto divieto Cfr., tra le altre, Cass. III civile, sent. n. 1439 del 9 febb. 2000

dall'effettivo esatto adempimento della prestazione che il lavoratore abbia nel concreto messo in atto.

Alla stessa maniera, con riferimento alle incompatibilità relative, si dovrà presumere che qualsiasi attività extralavorativa retribuita (perchè solo di queste si occupa la norma) implichi un tale dispendio di energie da parte del lavoratore da implicare sempre e comunque una violazione dei doveri del dipendente, salvo che, intervenendo con l'autorizzazione, il datore di lavoro non attesti che, al contrario, non c'è incompatibilità.

Mantenendo la medesima prospettiva si deve fare riferimento ad una "inversa" presunzione di legittimità (anch'essa insuperabile): la previsione normativa che rende libere alcune specifiche attività. Lo stesso può dirsi con riferimento alla disciplina relativa ai dipendenti con rapporto di part time ridotto: in questo caso, in relazione al fatto che l'attività lavorativa è quantitativamente ridotta, "presumibilmente" il lavoratore non sarà incompatibile. Egli cioè non sarà condizionato da interessi altri rispetto a quelli datoriali e sarà in grado di recuperare adeguatamente le propri energie in vista dell'esecuzione del servizio. E' pur vero che, anche se la riduzione temporanea della prestazione può far propendere per la adeguatezza dei tempi di recupero, essa, con riferimento alla possibile concorrenzialità, non presenta efficacia automatica. Infatti, l'amministrazione, preventivamente informata delle attività svolte dal dipendente part time, valuterà concretamente ogni singolo caso.

Appare incoerente (e forse anche illogico) che, in un sistema costruito su presunzioni, la posizione di favore di un soggetto (il datore) sia regolata da una presunzione insuperabile, mentre quella di favore dell'altro (il lavoratore) sia superabile. Una simile costruzione si giustifica solo in base ad una diseguaglianza sostanziale difficilmente conciliabile con un rapporto in cui gli interessi dei contraenti debbano essere valutati nell'ambito e con riferimento al sinallagma contrattuale.

In generale, il meccanismo presuntivo illustrato non soddisfa.

A questo punto, come si diceva, le strade paiono soltanto due. La prima è quella di affermare che l'istituto è stato conservato dal legislatore nell'ambito del rapporto pubblicistico in quanto egli ha inteso mantenere nell'ambito del rapporto di supremazia dell'amministrazione questo specifico aspetto del lavoro pubblico.

Conseguentemente tutta la disciplina esulerebbe dalla logica e dalla regolazione del rapporto di lavoro in base al diritto comune, risulterebbe slegato dalla prestazione lavorativa oggetto del rapporto e ogni diversità rispetto a quanto si verifica nell'ambito dell'impiego privato, si giustificerebbe soltanto e semplicemente come portato di una particolare soggezione, di uno *status* di subordinazione del dipendente pubblico che, anche se limitato ad un singolo aspetto del rapporto e della sua disciplina, contribuirebbe a caratterizzare il pubblico impiego. Se il legislatore avesse fatto una simile scelta essa sarebbe giustificabile sulla base di una valutazione di opportunità e pertanto non sarebbe illegittima in termini generali di costituzionalità, anche se risulterebbe in decisa controtendenza rispetto al complesso della riforma apparendo, almeno teoricamente, passibile di una accusa di contraddittorietà di natura sistematica. Nella sostanza, ammettendo tale conservazione dell'istituto all'ambito pubblico, si potrebbero formulare critiche all'istituto soltanto in relazione alle contraddizioni della disciplina e alla sua effettiva utilità, in relazione ai fini perseguiti dal legislatore (che, appaiono indirettamente riconducibili alla necessità di garantire l'efficienza della pubblica amministrazione).

Le due principali osservazioni a sostegno di tale tesi "pubblicistica" appaiono essere, da un lato la riserva di legge, con la conseguente e coerente sottrazione della materia alla regolazione contrattuale, e dall'altro il comune assoggettamento alla disciplina delle incompatibilità tanto del personale contrattualizzato quanto di quello rimasto sotto il regime pubblicistico.

Potrebbe apparire facile concludere che, come ragioni inerenti all'interesse pubblico hanno indotto il legislatore a conservare il rapporto di lavoro di alcune categorie di dipendenti nell'ambito del previgente sistema pubblicistico, così le medesime ragioni di ordine pubblico lo hanno indotto, con riferimento al solo regime delle incompatibilità, a mantenere nell'ambito di tale sistema tutto il personale indistintamente.

Tale soluzione tuttavia non soddisfa: infatti non solo una simile idea implicherebbe un radicale depauperamento della riforma, ma risulterebbe anche contrastante con la devoluzione della giurisdizione al Giudice ordinario

che per altro tende (così come la dottrina) a rileggere alla luce della riforma tutto il sistema.

Intendendo affrontare la seconda delle vie poc'anzi indicate e rileggere il sistema il più possibile in coerenza con la privatizzazione, dobbiamo affrontare preventivamente le obiezioni appena richiamate. Esse non paiono di particolare peso.

Il fatto che la disciplina della materia sia riservata alla legge non implica che il rapporto regolato sia di natura pubblicistica: infatti è del tutto frequente che un rapporto privatistico sia regolato da fonti normative esterne al contratto. Altra cosa è, come abbiamo cercato di evidenziare, l'eventuale natura pubblicistica di un determinato istituto ²⁵⁴.

In secondo luogo, dal fatto che la disciplina accomuni tutto il personale, privatizzato e no, si può pervenire ad una osservazione del tutto diversa da quella che indurrebbe a ritenere l'istituto attratto nella disciplina pubblica. Il legislatore potrebbe infatti avere perseguito il risultato opposto: assimilare le due categorie di dipendenti con riferimento ad un istituto privo di valenza pubblicistica. Una simile ipotesi, per altro, appare corroborata dal fatto che il legislatore ha individuato con chiarezza una serie di attività remunerate il cui libero esercizio da parte del lavoratore pubblico (privatizzato o meno) è sempre possibile. Soprattutto, per quelle categorie di dipendenti non privatizzati le cui funzioni pubbliche appaiono di particolare rilievo, quali sono i Magistrati e gli Avvocati dello Stato, è stata prevista una disciplina specifica, certamente pubblicistica e coerente con il particolare rapporto che tali soggetti hanno con lo Stato, differenziato anche rispetto al rimanente personale non contrattualizzato.

Inoltre, in una prospettiva generale, la comune regolazione della disciplina per entrambe le categorie del pubblico impiego – contrattualizzato e no - non costituisce un particolare ostacolo alla presente interpretazione in quanto la riforma ha inteso limitare il più possibile l'organizzazione pubblica del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, pur individuando specifiche

²⁵⁴ E' peraltro frequente che a regolare diritti e doveri dei soggetti coinvolti nel rapporto di lavoro sia la fonte legislativa: proprio l'art. 2105 c.c. è un esempio (tra i tanti possibili) di come in capo al lavoratore si configurino dei precisi doveri indipendenti dalla valutazione relativa alla realizzazione della corretta esecuzione della prestazione dedotta in contratto

categorie di pubblici dipendenti il cui ruolo giustifica il permanere di uno *status* di speciale soggezione del dipendente pubblico.

3. Contenuto negativo delle previsioni dell'art. 2105 c.c. e istituto delle incompatibilità

Ciò premesso, cerchiamo di rileggere l'istituto e individuarne una *ratio*.

Come spesso succede le “intuizioni” hanno un loro fondamento, pertanto è opportuno formulare la presente ricostruzione a partire dall'art. 2105 cc, che pure non è del tutto assimilabile in termini di contenuto positivo alle norme sull'incompatibilità. E' possibile confrontare i due istituti non tanto con riferimento alla formulazione letterale del loro contenuto precettivo, ma con riferimento ai loro presupposti e tenendone presente le specifiche finalità.

L'art. 2105 cc è una norma che esplica la sua efficacia in riferimento a un rapporto privatistico quale è quello di lavoro subordinato, ma trova la sua *ratio* in una necessità di rilievo generale: la tutela dell'attività d'impresa. Infatti, ben lungi dall'intervenire nella regolazione del rapporto di lavoro, che resta demandata al contratto, e senza dar vita ad alcun istituto pubblicistico, la norma si premura di assicurare il datore di lavoro dalla vanificazione della propria attività.

In altre parole se è vero che la norma determina l'insorgere di precisi doveri del lavoratore, la sua ragion d'essere (la sua *ratio*) è costituita dalla necessità di ordine generale (tanto che, anzichè demandarla al contratto, interviene la legge) di assicurare l'effettività e la non vanificazione dell'azione dell'imprenditore. Il suo interesse infatti, e ciò viene a coincidere con l'interesse collettivo, è che egli possa competere sul mercato senza subire una concorrenza che (data la particolare posizione del lavoratore all'interno della azienda) si configurerebbe come assolutamente sleale e dannosa e potrebbe giungere fino alla vanificazione della ragione ontologica dell'esistenza dell'impresa, il profitto, determinando cioè un suo depauperamento che, in definitiva, potrebbe condurre anche alla sua scomparsa dal mercato a causa di una concorrenza vincente, in quanto malata e scorretta. Si tratta insomma di una norma che non vuole tanto imporre un dovere al lavoratore (questo è un mezzo/effetto della

previsione, non il suo fine), ma si prefigge di assicurare che l'impresa possa, in un'economia di mercato, svolgere efficacemente il ruolo che istituzionalmente (verrebbe da dire costituzionalmente) le compete²⁵⁵.

In una prospettiva privatistica, quale quella del lavoro nell'impresa, dove non esiste una supremazia del datore di lavoro, la legge va a determinare il contenuto di un obbligo del lavoratore (quindi un elemento fondamentale del rapporto) che non interferisce con l'oggetto del contratto, che si sostanzia nella prestazione regolata pattiziamente dalle parti (in concreto e fondamentalmente le mansioni da un lato e la retribuzione dall'altro), ma inerisce la stessa ragion d'essere di quel contratto. Il contratto è infatti funzionale all'esercizio dell'impresa e quindi l'obbligo di cui all'art. 2105 è legato all'esistenza dell'agire datoriale: stare nel mercato con profitto²⁵⁶. Da ciò la tutela di tale posizione datoriale e la conseguente imposizione al lavoratore di non mettere in atto comportamenti che vanificherebbero l'esistenza stessa dell'impresa (la concorrenza e comunque la diffusione di notizie che potrebbero comprometterne la proficua permanenza nel mercato).

Appare evidente che, specularmente, il sacrificio del lavoratore è costituito da una compressione del suo diritto (certamente di rilievo costituzionale) di esercitare liberamente un'attività economica, di esprimere la propria personalità attraverso una attività lavorativa e di ottenere un guadagno che gli permetta di perseguire il miglioramento del proprio benessere materiale.

E' tuttavia importante notare che una simile formulazione non implica che detto sacrificio sia totale e assoluto, tale da inibire al lavoratore l'esercizio di qualsiasi attività al di fuori del rapporto obbligatorio: esso si limita solo e soltanto a vietare quelle attività che, nella prospettiva indicata, possano nuocere direttamente e in maniera significativa all'attività del datore. Solo un'attività di

²⁵⁵ Sulla valenza dell'iniziativa imprenditoriale e sul suo rilievo nell'ordinamento GALGANO, *L'Imprenditore*, Bologna, 2006, pur non occupandosi dell'art. 2105 cc. sottolinea il legame tra libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. e concorrenza. Ben sottolineando che, in generale la disciplina della concorrenza si pone come "libertà di concorrenza" tra imprenditori (p.182): conseguenza di tale affermazione è che ogni forma di tutela della regolarità della concorrenza torva giustificazione nel dettato costituzionale. E' evidente che l'attività concorrenziale messa in atto da un soggetto inserito nel sistema aziendale di un imprenditore risulterebbe tale da alterare le normali regole della competizione.

²⁵⁶ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano 2003 (in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Schelisnger) sostiene che il divieto di concorrenza "*mira essenzialmente a proteggere la competitività dell'impresa sul mercato*" (.288 del vol. III).

simile portata, pur non coinvolgendo per nulla la prestazione del lavoratore, è comunque vietata. Il sacrificio dell'esercizio di tali diritti è quindi dovuto ad un interesse direttamente riferibile al datore, che è però, in generale, riconducibile alla stessa esistenza dell'impresa e quindi presenta anche rilievo generale. In questa prospettiva si è notato che la previsione dell'art. 2105 c.c. trova giustificazione (e forse addirittura necessità d'esistenza) nell'art. 41 della Costituzione ²⁵⁷.

Vale la pena di osservare che la norma che sancisce il richiesto sacrificio è formulata in termini negativi e aperti, evitando di individuare una (impossibile in quanto infinita) serie di attività proibite; essa si limita a individuare in termini generali, e per così dire teleologici, il contenuto del divieto.

La più evidente conseguenza di tale scelta di formulazione normativa è costituita dal fatto che il sistema attribuisce al datore la libertà di valutare i comportamenti del dipendente e riconosce al primo la facoltà di contestare comportamenti extralavorativi messi in atto dal secondo che egli ritenga contrastanti con i doveri di cui all'art. 2105. Alle "normali" contestazioni sul piano disciplinare che ritenesse di formulare, il datore potrà quindi aggiungere eventuali ulteriori richieste di natura risarcitoria sia nei confronti del lavoratore (a titolo di responsabilità contrattuale) sia dei terzi coinvolti (a titolo di responsabilità extracontrattuale).

A completare la disciplina in parola e a chiudere il sistema, caratterizzato dalla parità formale dei contraenti, la legge prevede che, in caso di contestazione,

²⁵⁷ cfr MATTAROLO, *cit.*, pag. 19 e ss sottolinea come, sul piano teorico si potrebbero presentare diversi problemi di legittimità costituzionale in riferimento alla previsione di cui all'art. 2105 c.c. : *"la previsione di un obbligo di non concorrenza, in quanto limitativa della libertà di iniziativa economica del lavoratore, potrebbe sembrare in contrasto con l'art. 41 Cost. nonché con l'art. 3 che garantisce il pieno sviluppo della personalità, così come l'obbligo di riservatezza, in quanto limitativo della libera manifestazione del pensiero, in contrasto con l'art. 21 Cost."* (p.19). Essa tuttavia conclude specificando che la tutela di cui all'art. 2105 c.c. non va intesa come generica tutela del datore nei confronti della concorrenza, bensì del sistema economico nei confronti delle distorsioni del fenomeno concorrenziale (*"in sostanza i <limiti alle modalità della competizione> si ricollegano e sono attuazione dell'art. 41 della Costituzione in quanto sono posti a difesa delle situazioni di mercato e di ciò che è strumentale al loro raggiungimento"* p. 21). L'autrice conclude: *"in questa prospettiva si rivela dunque manifestamente infondata ogni questione di costituzionalità della norma codicistica e la necessaria considerazione dei diversi interessi –tutti rilevanti anche a livello costituzionale– dovrà essere effettuata di volta in volta in via interpretativa"* (p.21). Con riferimento alla specifica divieto di divulgazione di notizie riguardanti l'impresa, l'autrice ritorna diffusamente alle pagine 187-211.

una concreta valutazione delle vicende di specie sia demandata all'autorità giudiziaria sia con riferimento alla legittimità o meno dell'uso che il datore fa del proprio potere disciplinare, sia con riferimento alla fondatezza delle sue eventuali pretese risarcitorie. L'autorità giudiziaria interverrà *ex post* e su richiesta/contestazione del lavoratore in merito all'esercizio da parte del datore dei propri poteri disciplinari, mentre interverrà *ex ante*, in riferimento all'*an* e al *quantum* di un'eventuale domanda di risarcimento attivata dal datore di lavoro in sede civile e finalizzata ad ottenere un valido titolo esecutivo.

Nel pieno rispetto delle norme generali che governano l'ordinamento, il lavoratore contesterà l'esercizio di un potere datoriale di origine contrattuale, mentre sarà il datore a doversi attivare al fine di chiedere soddisfazione secondo le normali previsioni di legge in tema di risarcimento del danno.

Con riferimento all'oggetto della presente ricerca, ciò che principalmente interessa mettere in evidenza è il rapporto esistente tra l'obbligazione prevista dall'art. 2105 e il contratto di lavoro, che ne costituisce il necessario presupposto fattuale. Pertanto, ancorchè non si possa a rigore affermare che l'obbligazione sia contrattuale, in quanto la previsione del contenuto non trova la sua fonte immediata e diretta nel contratto, tuttavia essa viene a costituire un imprescindibile elemento obbligatorio del rapporto contrattuale: il contratto diventa così fonte indiretta dell'obbligazione che appare di natura prettamente civilistica e contrattuale²⁵⁸. Il fatto che una simile obbligazione in capo a uno dei soggetti del rapporto (il lavoratore), sia stata prevista direttamente dalla legge, non implica alcuno squilibrio nel rapporto contrattuale "paritetico" tra datore e lavoratore.

L'art. 2105 dunque, individua il limite minimo inderogabile di "fedeltà" del lavoratore. In proposito non è irrilevante che, al di fuori di tale limite, il lavoratore possa ulteriormente sacrificare la propria libertà nello sfruttamento lavorativo delle proprie competenze e qualità personali, ma ciò deve accadere dietro specifica previsione e dietro corrispettivo, in un contesto e secondo modalità rispetto alle quali l'ordinamento possa riconoscere il requisito della

²⁵⁸ Senza che possa ora affrontare una simile ricerca, vale la pena evidenziare come sussistono problemi relativi alla correttezza e buona fede contrattuale del dipendente con riferimento all'esistenza degli obblighi informativi da parte sua nei confronti del datore, qualora svolgesse attività extralavorativa.

meritevolezza di tutela in capo all'interesse che spinge entrambi i contraenti a formulare i contenuti dell'accordo in conformità con il principio generale di cui all'art. 1322 c.c.²⁵⁹

Se la lettura proposta ha un fondamento, essa permette di ascrivere al sistema di lavoro privatistico e contrattualizzato anche l'istituto delle incompatibilità nel rapporto di lavoro con un soggetto pubblico. Infatti, mentre abbiamo visto che non è necessitato dalla previsione di cui all'articolo 98 della Costituzione, l'istituto dell'incompatibilità (in generale) dovrebbe costituire per il datore di lavoro pubblico l'equivalente di quanto per il datore privato è l'art. 2105. L'esistenza del datore di lavoro pubblico e il fatto che questi metta in atto un'organizzazione finalizzata a realizzare una determinata attività sfruttando l'energia lavorativa di soggetti che prestano la loro opera in base ad un comune contratto di lavoro (questo il sistema riformato), non trova la sua giustificazione nel mercato e nelle sue regole, ma trova giustificazione (e anche necessità) dalla natura dell'attività svolta, cioè l'esercizio dell'azione/attività amministrativa. Tale azione, a differenza dell'esercizio di una attività volta al profitto (che pure nei limiti disegnati dal testo fondamentale ha anch'esso un rilievo costituzionale), ha un suo esplicito parametro, ontologico e teleologico al tempo stesso, facilmente identificabile nel dettato dell'art. 97 della Costituzione, che come più volte sottolineato è precetto rivolto all'amministrazione e non una norma sul lavoro in generale nè sul lavoro pubblico.

Il fatto che la amministrazione sia costituzionalmente vincolata a perseguire determinate finalità non implica che i medesimi precetti abbiano come diretti destinatari i pubblici dipendenti. L'amministrazione infatti, vincolata al raggiungimento di determinati scopi e altrettanto vincolata a determinate scelte metodologiche e strumentali (ad esempio la trasparenza) può utilizzare tanto strumenti autoritativi (pubblicistici) quanto strumenti paritetici (privatistici o contrattuali): con la riforma il legislatore ha messo in atto un sistema nel quale ha inequivocabilmente stabilito (e la Corte Costituzionale ha confermato la legittimità della scelta) che l'amministrazione debba perseguire i propri fini

²⁵⁹ In proposito penso alla possibilità di stipulare contratti di esclusiva o patti ex art. 2125 c.c., e ai requisiti di validità degli stessi.

istituzionali ricorrendo, con riferimento alla costituzione e alla gestione dei rapporti con i soggetti che lavorano al suo servizio, allo strumento del contratto di diritto comune e, in generale, ai poteri del privato datore di lavoro.

Pertanto in un sistema in cui i rapporti di lavoro con soggetti pubblici siano regolati dal diritto comune, è logico e coerente affermare che il lavoratore, che si ponga al servizio di una pubblica amministrazione secondo le regole di un normale contratto di lavoro, dovrà astenersi, analogamente a quanto deve fare il suo collega del settore privato, da quei comportamenti che in radice inficerebbero lo stesso esistere e la ragion d'essere e d'operare del datore di lavoro.

Tali comportamenti, non si possono concretizzare in una concorrenza in senso tecnico nei confronti del datore di lavoro pubblico ²⁶⁰ (salvo rari casi), ma saranno quelli che determinerebbero una lesione radicale dell'azione amministrativa.

Si tratta, esattamente come per il dovere di non concorrenza, di un dovere che anche se sorge in capo al lavoratore con la stipula del contratto non trova in esso la fonte diretta dell'obbligazione. Ma il contratto è evidentemente il presupposto di fatto che determina il sorgere di specifiche obbligazioni all'interno del rapporto contrattuale, obbligazioni che permangono per tutta la durata del rapporto e si possono qualificare come obbligazioni di natura contrattuale. Quindi, analogamente a quanto accade al lavoratore privato, il

²⁶⁰ Non pare impossibile, nel settore pubblico, individuare ipotesi di concorrenza. Infatti a tale categoria si può, in senso lato, fare riferimento se si pensa al dipendente di una scuola che svolga anche attività in un istituto d'istruzione privato. Tali attività si collocano all'interno di sistemi nei quali non si può parlare tecnicamente di concorrenza (è il caso di due scuole, che insieme concorrono al medesimo fine il sistema nazionale di istruzione), ma è pur vero che è possibile che il dipendente pubblico "distragga clienti" (ad es. studenti o pazienti) da una struttura pubblica verso altre realtà. Diversamente è difficile ipotizzare una simile eventualità per dipendenti di bassa professionalità che potrebbero svolgere attività per soggetti estranei alla pubblica amministrazione. In una prospettiva comparatistica vale la pena ricordare che il sistema vigente nella Repubblica di Irlanda, che pure non prevede nessuna generale disposizione che vieti ai pubblici dipendenti lo svolgimento di attività estranee al *civil service*, prevede un divieto di svolgere attività a beneficio di soggetti diversi da quello pubblico ai soli soggetti che svolgano attività ad alto contenuto professionalizzante e la cui prestazione non viene strettamente vincolata a un predeterminato impegno orario: sul tema in generale cfr. DOONEY e O'TOOLE, *Irish Government Today*, Dublin 1998, i quali, dopo aver affermato che ai dipendenti pubblici del profilo tecnico (equivalenti ai nostri professionisti), ovvero medici, ingegneri, avvocati è vietato "*engaging in private practice or from having connections with outside business*" mentre "*in other cases civil servants are not actually prohibited from taking an other work for remuneration outside office hours, for exemple teching or taking part in business. They are, however, obliged to ensure that any outside business activities do not conflict with their official duties*" (pag. 145).

lavoratore pubblico vede sacrificato il proprio diritto allo svolgimento di attività ulteriori ed estranee al contenuto dell'obbligazione individuata nel contratto, senza che ciò debba derivare da un suo speciale *status* di soggezione che dovrebbe trovare origine in una fonte ulteriore e/o diversa dal contratto. Il diritto di mettere in atto attività remunerate è, astrattamente, riconducibile al novero dei diritti costituzionali, che è possibile sacrificare a tutela di un contrapposto e corrispondente interesse anche esso costituzionale: quello che l'azione dell'amministrazione possa risultare conforme all'art. 97 Cost.

E' dunque evidente che se di specialità dovrà parlarsi per giustificare la differenza in termini di normazione positiva tra le due differenti discipline di cui ci stiamo occupando, non è necessario nè opportuno invocare la specialità di *status* del dipendente pubblico rispetto a quello privato, ma si potrà/dovrà, all'inverso, ricorrere alla diversità dei fini perseguiti dal datore pubblico rispetto al datore privato. Sarà cioè non tanto la "specialità" quanto la "specificità", la "diversità" degli scopi dei datori di lavoro a spiegare e conseguentemente giustificare le diversità normative, senza che questo implichi in alcun modo (almeno in termini sistematici) una alterazione del rapporto contrattuale tra datori e lavoratori.

Occorre dunque sottolineare con decisione che una simile distinzione non si fonda sulla diversità soggettiva di due diversi datori (pubblico e privato) ma esclusivamente sulle diverse funzioni che essi rivestono nell'ordinamento costituzionale.

E' pertanto di assoluta evidenza che le due fattispecie di cui ci siamo occupati (art. 2105 e, in generale, l'istituto delle incompatibilità) sono riconducibili ad un unitario principio che vede come illecito lo svolgimento da parte del lavoratore di attività inconciliabili con gli interessi che costituiscono la giustificazione profonda e il fondamento dell'attività del datore di lavoro. Un simile principio e le sue due declinazioni (riferite al lavoro pubblico e privato) trovano piena giustificazione costituzionale nel contemperamento degli interessi in gioco: il sacrificio della libertà del lavoratore a tutela della ragione ultima e pubblica dell'agire datoriale. Sul piano delle conseguenze in ambito lavorativo, appare evidente come esse siano coerentemente riconducibili all'ambito della disciplina privatistica del contratto di lavoro.

Si tratta insomma di un generale principio di tutela dell'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività del datore, che si concretizza in entrambi i casi nel sorgere di obbligazioni negative (di non fare/di astenersi) in capo al lavoratore, riferite alle attività concorrenziali e a quelle incompatibili.

Una volta affermata la sostanziale "compatibilità" dell'incompatibilità con i divieti previsti dall'art. 2105, possiamo fare una ulteriore osservazione: è proprio la categoria (o il concetto) di incompatibilità che abbiamo suggerito (come l'attività capace di vanificare la ragione ultima di agire da parte di chi si serva di personale legato da vincolo lavorativo) ad essere il presupposto concettuale della stessa previsione positiva di cui all'art. 2105 c.c.. Di tale concetto generale l'art. 2105 sarebbe, in sostanza, la declinazione privatistica. Il problema fondamentale, con riferimento al tema in parola, è dunque costituito dal fatto che la declinazione pubblicistica della concreta individuazione di comportamenti incompatibili risulta nella realtà difficile da formularsi. Infatti nell'ambito del lavoro privato il contenuto della norma appare dettato da una sua sostanziale evidenza, atteso che la qualificazione del fenomeno sociale di concorrenza economica (cui corrisponde l'obbligo giuridico di non concorrenza) risulta immediatamente più riconoscibile di quanto non lo sia in concreto il fenomeno sociale di compatibilità/incompatibilità rispetto ad un datore pubblico (che, pur astrattamente sovrapponibile, risulta in concreto difficile da individuare nelle sue innumerevoli possibili manifestazioni).

Nell'ambito del lavoro pubblico, non è immediata ed evidente l'individuazione di una categoria comportamentale equivalente a quella di cui all'art. 2105. Con riferimento alla attività datoriale pubblica manca la possibilità di fare ricorso alla nozione generalizzata di concorrenza, mentre il precetto di cui all'art. 97 della Costituzione ha come destinataria la pubblica amministrazione e non il rapporto di lavoro che essa instaura. Al tempo stesso, occorre fare i conti con l'assetto istituzionale dello stesso apparato amministrativo che, negli ultimi decenni, in seguito all'evoluzione del nostro ordinamento, ha inteso distinguere l'amministrazione dalla politica e dal potere esecutivo. Infine, salvo contraddire la riforma, non è più possibile, nella gestione dei rapporti di lavoro, fare ricorso a speciali poteri autoritativi.

Un simile dato fenomenico (la diversa immediatezza della qualificazione dei comportamenti incompatibili nel pubblico e nel privato) giustifica il fatto che la disciplina delle incompatibilità possa essere riservata alla legge in un sistema in cui la fonte del rapporto di lavoro pubblico è (e per ora rimane) il contratto di lavoro. Ma occorrerebbe che il legislatore provvedesse a identificare almeno il nucleo centrale cui ricondurre il comportamento illecito. L'istituto delle incompatibilità si pone nei confronti del rapporto contrattuale e della regolazione pattizia dei suoi contenuti, nella stessa posizione in cui si pone l'art. 2105 rispetto alla contrattazione nel settore privato. E' una posizione di "alterità" e presupposizione: impone ai soggetti della contrattazione obbligazioni di origine eteronoma, che vengono però ad assumere rilievo ed efficacia diretti nell'ambito del rapporto contrattuale. In altre parole impongono delle obbligazioni contrattuali ulteriori rispetto a quelle previste nel contratto, che, come col contratto sorgono così, con l'estinzione di questo, si estinguono.

4. La ricostruzione proposta trova (pur deboli) conferme anche nel testo normativo

Si è cercato di sostenere che le incompatibilità nel pubblico impiego sono riconducibili e trovano il proprio fondamento nella necessità che il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa non vengano vanificate dai comportamenti privati di singoli dipendenti pubblici, che adempiano puntualmente la loro obbligazione lavorativa in senso stretto. Pare che la ricostruzione dell'istituto appena delineata possa trovare alcune (deboli) conferme nella disciplina positiva: infatti l'art. 53 comma 5 del D.lgvo 165/01²⁶¹ individua (seppure non letteralmente ma concettualmente) proprio nel riferimento all'art. 97 della Costituzione il criterio che da un lato giustifica l'istituto delle incompatibilità e dall'altro deve governare (e limitare)

²⁶¹ D.Lgvo 165/01 art. 53 comma 5 "In ogni caso, il conferimento operato direttamente dall'amministrazione, nonché l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza, ovvero da società o persone fisiche, che svolgono attività d'impresa o commerciale, sono disposti dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, „

l'esercizio del potere datoriale (fissandone quindi al tempo stesso il limite e il contenuto)²⁶².

Indirettamente, ma specularmente, anche la disciplina sul part time conferma tale lettura. Si tratta di una conferma basata non sul fatto che in qualche modo la riduzione quantitativa della prestazione legittimi lo svolgimento di attività extralavorative, bensì su precisi riferimenti letterali. Infatti la L. 662/96, art. 1, comma 58²⁶³ prevede che la trasformazione dei rapporti a tempo pieno in rapporti part time possa avvenire salvo che l'attività che il dipendente si accinge a svolgere *“comporti un conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta”*.

Corre la necessità di segnalare che la normativa, così come modificata dall'art. 47 del D.L. 112/2008 ha determinato un significativo mutamento della posizione del dipendente che aspira al part time e costituisce una significativa inversione di tendenza non solo rispetto all'impulso dato dal legislatore alla diffusione di tale tipo di rapporto di lavoro all'interno della pubblica amministrazione, ma anche rispetto alla qualificazione della posizione soggettiva del lavoratore nei confronti del datore pubblico.

Infatti le novità introdotte nel 2008 riducono un diritto soggettivo pieno alla trasformazione del rapporto (quale era inequivocabilmente quello riconosciuto

²⁶² MONTINI, *Il part time dei dipendenti pubblici ed i limiti allo svolgimento della libera professione*, in LPA, 2001, pagg. 655-662, osserva che *“il meccanismo autorizzatorio dovrebbe assurgere a regola generale avente ad oggetto l'accertamento in concreto, non diversamente da quanto previsto per i dipendenti part time, della sussistenza di eventuali situazioni di conflitto di interesse”* (p. 662).

²⁶³ L. 662/1996 art. 1 comma 58: *“La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale può essere concessa dall'amministrazione entro sessanta giorni dalla domanda, nella quale è indicata l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intende svolgere. L'amministrazione, entro il predetto termine, nega la trasformazione del rapporto nel caso in cui l'attività lavorativa di lavoro autonomo o subordinato*

. (...)” e
comma 58-bis “8-bis. Ferma restando la valutazione in concreto dei singoli casi di conflitto di interesse, le amministrazioni provvedono, con decreto del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, ad

ai dipendenti con
rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno. I dipendenti degli enti locali possono svolgere prestazioni per conto di altri enti previa autorizzazione rilasciata dall'amministrazione di appartenenza”

al lavoratore alla trasformazione del rapporto a part time ²⁶⁴) ad una legittima aspettativa, condizionata ad una valutazione datoriale ampiamente discrezionale (che addirittura sembrerebbe non bisognosa di motivazione) relativa al possibile “*pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione*”. Diversamente l'originaria formulazione prevedeva che tale ultima eventualità, permettesse al datore, in base a motivato provvedimento, un differimento della trasformazione del rapporto a tempo parziale comunque non superiore a sei mesi ²⁶⁵.

Tuttavia, nonostante la novella, la previsione di cui all'art 1 comma 58 citato, continua ad individuare nel conflitto di interessi relativo alla funzione concretamente svolta dal dipendente, la fondamentale ragione che può giustificare il sacrificio del diritto del dipendente a trasformare il proprio rapporto di lavoro (e a svolgere altra attività lavorativa).

Anche più esplicitamente il successivo comma 58 bis ²⁶⁶, specifica che ferma la verifica dei casi concreti di conflitto di interesse, le amministrazioni devono individuare le attività comunque non consentite “*in ragione della interferenza con i compiti istituzionali*”.

Proprio l'esplicito richiamo al buon andamento dell'azione amministrativa come giustificazione e limite del potere datoriale si pone da un lato come “rivelazione” della *ratio* della norma e dall'altro stabilisce un limite all'esercizio dei poteri del datore pubblico a tutela del lavoratore: l'interesse tutelato dalla legge è il buon andamento dell'azione amministrativa, unico rispetto al quale si possono prevedere sacrifici delle prerogative individuali del lavoratore.

Occorre tuttavia prendere atto che l'introduzione appena ricordata del più generico “pregiudizio” alla funzionalità dell'amministrazione quale giusta ragione per negare la trasformazione, non risulta necessariamente giustificabile

²⁶⁴ Cfr. FALCONE, *Il part time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controlli)*, in LPA, 1999, pagg. 527-563 e MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, 751-777

²⁶⁵ Il testo originario, soppresso dall'art. 47 del D.L. 112/2008 prevedeva che, in relazione alle mansioni ricoperte dal dipendente e alla sua posizione, qualora sussistesse “grave” (requisito anch'esso soppresso) alla funzionalità dell'amministrazione essa “*può con provvedimento motivato differire la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale per un periodo non superiore a sei mesi*”. Sull'analisi del testo, ormai superato, cfr. FALCONE, cit e MISCIONE, cit..

²⁶⁶ Introdotto dal D.L. 79/1997 e non toccato dal D.L. 112/2008.

soltanto ricorrendo alla supremazia datoriale: infatti la disciplina appare del tutto analoga a quella relativa al settore privato, nel quale la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale non si configura come un diritto del lavoratore.

E' chiaro che espressioni quali quelle utilizzate dalle norme (e appena citate), pur differenti tra loro e non sempre passibili di rigorosa definizione, sono tutte riconducibili a comportamenti/situazioni che possono compromettere il buon andamento dell'amministrazione.

L'apparente "inconciliabilità" tra la previsione di cui all'art. 2105 e quella delle incompatibilità è dovuta alla tecnica normativa. Nel primo caso il legislatore ha previsto un obbligo di non fare riconducibile ad una tipologia di comportamento sufficientemente connotata con riferimento al linguaggio economico e a quello comune (la concorrenza, la rivelazione di informazioni); ha chiaramente individuato la natura delle due possibili tutele concorrenti attribuite al datore di lavoro (quella disciplinare e quella risarcitoria); ha attribuito ai due contraenti gli ordinari strumenti di tutela delle proprie posizioni giuridiche (in riferimento all'una o all'altra azione); ha riconosciuto al Giudice ordinario il potere di valutazione del caso di specie in relazione alla previsione di legge, attribuendogli tutti i conseguenti poteri.

Diversamente con riferimento all'istituto delle incompatibilità il legislatore non ha saputo costruire una disciplina altrettanto coerente e lineare. Egli infatti, pur avendo individuato il parametro concettuale di riferimento, cui ricondurre la nozione di incompatibilità, non ne ha individuato l'elemento "concreto" e ha disegnato un istituto in cui le incompatibilità previste sono tali non in quanto effettivamente dannose per il buon andamento dell'azione amministrativa, ma in quanto esistono nel diritto positivo.

L'ordinamento conosce pertanto una disciplina che ripropone un sistema originato in epoca risalente e assestatosi, soprattutto grazie all'interpretazione giurisprudenziale, in un contesto nel quale il rapporto di lavoro con le amministrazioni era certamente pubblicistico (e addirittura si riteneva che tale sistema pubblicistico fosse costituzionalmente necessitato). Conseguentemente lo schema relativo alla incompatibilità assoluta mantiene molti elementi pubblicistici e presenta il fianco a critiche in termini di logica e coerenza. A

fianco di tale sistema il legislatore della riforma ne ha disegnato uno (quasi) totalmente nuovo: quello degli incarichi retribuiti autorizzabili. Esso risulta caratterizzato dall'attribuzione al datore di lavoro pubblico del potere, nuovo e originale, di stabilire i criteri in base ai quali sia possibile o meno autorizzare i dipendenti allo svolgimento di attività retribuite extralavorative. Un simile potere è (e deve essere) assimilabile a quello del privato datore di lavoro in base all'art. 5 comma 2 del D.Lgvo 165/01.

Una simile scelta normativa, pur differenziando la posizione del datore pubblico rispetto a quello privato, non ne muta la sostanziale affinità: infatti al primo il legislatore non ha attribuito un potere indefinito e insindacabile di disporre del tempo libero del lavoratore, bensì quello di specificare –con riferimento alla propria effettiva azione- quali siano le attività incompatibili, cioè tali da vanificare la stessa ragione d'essere del suo operato (così come accade per la concorrenza rispetto al lavoro privato).

Il dato normativo appare giustificabile in base al fatto che può risultare quasi impossibile individuare e tipizzare la totalità delle possibili fattispecie comportamentali del lavoratore pubblico capaci di vanificare l'azione delle amministrazioni datrici. E' evidente tuttavia che la necessità di individuare preventivamente una definizione dei comportamenti incompatibili costituisce una prima, rilevante, distinzione tra la posizione del datore pubblico e di quello privato.

Si tratta certamente di un meccanismo che avrebbe il pregio di relazionare i divieti con la concreta attività svolta dai singoli dipendenti nell'ambito di ciascuna amministrazione, anche se non si può sottacere il notevole rischio di incomprensibili differenziazioni della regolazione di situazioni sostanzialmente simili, ovvero di non pochi abusi perpetuati dalle amministrazioni che mettono in atto i regolamenti esprimendo una pretesa eccessivamente inquisitoria nei confronti dei propri dipendenti

Un secondo elemento di diversità è quello, ampiamente evidenziato, per cui il lavoratore ha, nei confronti del suo datore di lavoro, un puntuale e preciso obbligo di informazione su quanto intenda svolgere al di fuori del proprio orario di lavoro²⁶⁷. Tali differenze, che volutamente abbiamo sottolineato nella

²⁶⁷ Come abbiamo già visto sono escluse le attività gratuite. Sull'insensatezza di una simile limitazione abbiamo diffusamente discusso.

prospettiva datoriale, ma ovviamente si ripercuotono anche in corrispondenti differenze nelle posizioni soggettiva dei lavoratori, non paiono né irragionevoli né illegittime né, soprattutto, tali da essere inconciliabili con il rapporto privatizzato (connotandosi come semplici differenze nella disciplina di un rapporto contrattuale comune di identica natura).

Le richiamate differenze si possano giustificare, almeno teoricamente ²⁶⁸, in quanto il soggetto pubblico potrebbe comunque avere nei confronti del lavoratore quella distanza che il datore privato potrebbe non avere, con la conseguenza di utilizzare in maniera scorretta (se non illegittima) le informazioni che, se il dipendente avesse gli stessi obblighi informativi, verrebbe ad acquisire.

Tuttavia, viene da chiedersi quale generale utilità possa avere un simile obbligo informativo verso il datore pubblico ²⁶⁹. Basterebbe che l'obbligo informativo fosse limitato ai soli dipendenti che possano trovarsi in situazione di potenziale incompatibilità (sia soggettiva che oggettiva). In tal caso si limiterebbero all'essenziale l'ingerenza nel privato del dipendente, evitando anche significativi oneri burocratici in capo all'amministrazione, mentre il generalizzato dovere di chiedere l'autorizzazione può determinare notevoli abusi ad opera delle pubbliche amministrazioni in sede di individuazione dei criteri generali. Diversamente, qualora si prevedesse, in capo al dipendente, l'obbligo di informare il datore soltanto delle situazioni di potenziale pericolo questo ultimo risulterebbe comunque assicurato, in termini di effettività dalla possibile eventuale azione per l'inadempimento e dalla previsione generale dell'art. 1175 c.c..

Con riferimento alla disciplina vigente, il principale ostacolo alla conciliazione della disciplina delle incompatibilità con il sistema privatizzato, è costituito dall'apparato sanzionatorio. Esso, come abbiamo già visto, si caratterizza per essere del tutto slegato dall'esistenza di un danno effettivo (reale o potenziale che sia) all'azione amministrativa (non alla prestazione lavorativa che è

²⁶⁸ Si porrebbe in proposito l'opportunità di riflettere sulla effettiva capacità del datore pubblico di essere effettivamente "corretto" a fronte delle reali relazioni politico sindacali dei propri dipendenti.

²⁶⁹ Abbiamo infatti visto che ha un rilievo in relazione al controllo sulla spesa pubblica più che in riferimento al bene azione amministrativa.

sottoposta a controllo datoriale tramite il potere disciplinare); prevede sanzioni che difficilmente sono riconducibili a fattispecie privatistiche; implica una parziale sottrazione al datore di lavoro della discrezionalità in merito alla contestazione e punizione delle violazioni sia nei confronti del lavoratore, sia nei confronti dei terzi che eventualmente conferiscano incarichi.

Una simile disciplina, finalizzata alla repressione delle violazioni dei doveri (informativi) del lavoratore si presenta particolarmente rilevante in riferimento al ruolo del Giudice. Infatti il Giudice Ordinario, stante il tenore letterale delle norme ha, come abbiamo visto, limitati poteri di intervento: anche se esso può certamente intervenire –annullandole– su previsioni datoriali illegittime, ingiustificate, infondate quanto a sostanza, essa non può certamente negare l'esistenza dell'inadempimento qualora il lavoratore non abbia provveduto a inoltrare la richiesta di autorizzazione (indipendentemente dalla sua accoglibilità o meno) nè può intervenire in merito alle sanzioni (salvo che non si discuta l'esistenza dei presupposti giustificativi).

Un sistema simile, oltre a rendere la disciplina dell'istituto difficilmente riconducibile al rapporto contrattuale di diritto comune, implica una posizione di supremazia dell'amministrazione difficilmente giustificabile con il richiamo alle fondamentali esigenze di tutela l'efficacia della propria azione da parte del datore pubblico.

Dalla parte del lavoratore poi, si viene a configurare una posizione di soggezione tale da imporgli una costante comunicazione delle modalità di utilizzo del proprio tempo libero; e una sorta di obbligatoria “esclusiva” forzata, tale per cui qualsiasi reddito non autorizzato deve andare comunque a beneficio del datore di lavoro. E' evidente che quest'ultima circostanza, certamente efficace in termini dissuasori, mal si adatterebbe –in uno stato democratico e liberale– persino ad un rapporto di lavoro di incontestata e accentuata natura pubblicistica.

Vale in fine la pena di chiedersi quale effettiva utilità possa avere, a fronte dell'esigenza di tutelare un bene unico, la previsione di due differenti discipline quali sono in effetti quelle dell'incompatibilità assoluta e dell'incompatibilità relativa.

Alla luce di quanto esposto appare evidente che l'istituto delle incompatibilità può (e forse deve) trovare albergo in un ordinamento nel quale i rapporti di lavoro al servizio delle pubbliche amministrazioni siano ricondotti totalmente alla disciplina del diritto comune del lavoro, ma emerge che esso è stato formulato dal legislatore in maniera poco conciliabile con la riforma di privatizzazione e, tra l'altro, presenta elementi di scarsa coerenza interna (evidenziabili anche in riferimento ad un sistema in cui il rapporto di lavoro pubblico sia ritenuto per natura altro rispetto a quello comune).

CONCLUSIONE

Il sistema delle “incompatibilità”, così come si è cercato di ricostruirlo in generale, impone indubbiamente un sacrificio del diritto del dipendente a svolgere liberamente attività che rientrano comunemente tra quelle consentite al cittadino, che è libero di utilizzare a fini lucrativi le proprie capacità lavorative ovvero di gestire come meglio crede a fini non economici le proprie energie e il proprio tempo libero.

Con riferimento alla disciplina positiva, nel pubblico impiego tale limitazione risulta assai più radicale di quanto non appaia nel settore privato, senza che in realtà si individui una precisa giustificazione di tale accentuazione.

Le incompatibilità nel pubblico impiego sono comparse nell’ordinamento in base a ragioni di ordine più sociale che giuridico all’inizio del secolo XX e abbiamo visto come la svolta di tipo pubblicistico impressa all’ordinamento le abbia giustificate e conservate nella prospettiva di uno speciale contenuto etico (ancor prima che giuridico) del rapporto tra Stato e dipendente pubblico, in cui il contenuto economico ricopriva un ruolo non determinante nella qualificazione della relazione. Inoltre, l’evoluzione in senso autoritario dello Stato e soprattutto la sua identificazione con l’esecutivo hanno portato a definire come tratto tipico del rapporto di lavoro pubblico un obbligo di esclusiva, che lo distingueva notevolmente da quello del lavoro privato.

Una volta instauratosi l’Ordinamento democratico, è venuta sostanzialmente meno l’identificazione dello Stato con l’esecutivo e si è avuta maggiore percezione dell’autonomia dell’amministrazione dall’influenza di quest’ultimo, ponendosi il problema di recuperare una dimensione economica del rapporto di lavoro pubblico e di ricondurlo nell’alveo del diritto comune.

In tal modo si è creata una certa confusione tra esigenze pubbliche di varia natura e regolazione del rapporto di lavoro, per cui in nome dell’interesse pubblico, indubbiamente sotteso all’azione delle singole amministrazioni, si sono giustificati aspetti peculiari del rapporto di lavoro pubblico.

Abbiamo cercato di evidenziare come un simile sistema presenti delle contraddizioni che non sono riconducibili a ragioni di effettivo interesse

generale. In particolare pare che sia del tutto evidente che le ragioni di controllo e contenimento della spesa pubblica non sono tali da giustificare sempre e comunque le restrizioni delle libertà individuali.

Ugualmente non pare ragionevole giustificare l'istituto facendo riferimento a esigenze di lotta al lavoro nero e/o all'evasione fiscale/contributiva, in quanto simili ragioni hanno valenza generale (ferma restando la possibilità di contestare o meno la validità di simili prospettive) e potrebbero al massimo determinare l'estensione al lavoro privato delle medesime restrizioni presenti nel lavoro pubblico. Senza contare che si ha l'impressione che, almeno con riferimento al tema in questione, ci si trovi in fatto a dover riscontrare che proprio le restrizioni e i divieti spingono i pubblici dipendenti, che ne abbiano la possibilità (per competenze e buona volontà), a optare per lo svolgimento di attività in nero. Infatti, a fronte di un'organizzazione del lavoro caratterizzata da orari mediamente contenuti, non sono pochi coloro che ritengono di utilizzare il proprio tempo libero in attività remunerative che, se anche avessero l'intenzione di regolarizzare, dovrebbero comunque tenere nascoste a fronte dei divieti di cui stiamo parlando. Credo che ci troviamo, sotto questo profilo, davanti ad un caso tipico di eterogenesi dei fini: l'intento di combattere situazioni irregolari (fondamentalmente sul piano fiscale) in realtà le incoraggia.

Con riferimento alla pretesa necessità di favorire la piena occupazione (evitando che un solo individuo possa occupare più di uno spazio lavorativo) si deve riconoscere che se il legislatore ritenesse che una simile misura normativa (il divieto di svolgere una doppia attività) rispondesse davvero all'interesse generale non esisterebbe alcun ragione per cui essa debba essere limitata al solo lavoro pubblico.

Anche l'esigenza di assicurare al solo datore pubblico la piena disponibilità delle energie morali e fisiche dei propri dipendenti non può assolutamente giustificarsi, se non in base ad una sistematica che preveda una specialissima soggezione del lavoratore, esorbitante rispetto a quanto comunemente dovuto. Conseguentemente la previsione di simili "privilegi" del datore pubblico potrebbero, quanto meno sul piano della illogicità e incoerenza, apparire censurabili rispetto al sistema privatizzato, e, solo in quanto tali, tacciabili di illegittimità.

Ma non basta: in un sistema democratico e liberale quale è il nostro, il sacrificio di parte delle libertà individuali (e massimamente di quelle che possono permettere al singolo di soddisfare i propri bisogni e di promuovere la propria posizione socio-economica) deve essere giustificato in base a solide basi di portata generale e non solo in relazione alla eventuale diversità di trattamento normativo tra lavoratore pubblico e lavoratore privato. Ciò che vogliamo dire è che anche in un sistema in cui il rapporto tra datore pubblico e dipendente sia caratterizzato da una speciale supremazia del primo rispetto al secondo, il sacrificio delle libertà in parola potrebbe essere giustificato sul piano dei principi generali dell'Ordinamento, solo a fronte della effettiva necessità di tutelare un preciso e rilevante interesse pubblico.

Ecco allora che in primo luogo appare possibile dubitare della legittimità di una disciplina generalizzata (cioè rivolta indistintamente a tutto il personale pubblico), che preveda l'indiscriminato e ordinario divieto di svolgere attività extralavorative se retribuite, mentre altrettanto generalmente, prevede la assoluta libertà di svolgere attività che non implicino la corresponsione di alcun compenso.

Se il solo vero bene meritevole di tutela è costituito dall'imparziale esercizio della prestazione lavorativa ²⁷⁰ occorrerà ribaltare la prospettiva: qualora sia in pericolo tale bene collettivo (di un'azione amministrativa imparziale) sarà lecito, nell'operazione di contemperamento di interessi costituzionali, che il legislatore imponga dei divieti che sacrificino diritti del lavoratore indipendentemente dal fatto che gli interessi di quest'ultimo siano di natura economica o meno.

Il bene da tutelare è il buon andamento dell'azione amministrativa che deve essere protetto da ogni minaccia di "parzialità" nel suo concreto svolgimento. In un contesto in cui il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni è da considerarsi un rapporto di diritto comune, tale protezione non inerisce – ordinariamente – le prestazioni dei dipendenti: a tutela del loro corretto adempimento vi sono infatti le normali regole sul contratto e il potere disciplinare.

²⁷⁰ Abbiamo visto essere questo il senso della previsione che impone al pubblico dipendente di operare ad esclusivo servizio della Nazione.

In altre parole ogni volta che un dipendente per ragioni personali della più svariata natura (l'interesse personale, ma anche la negligenza o la superficialità) non adempie alla propria prestazione, tale inadempimento determina un'inefficienza del servizio per la quale egli sarà sottoposto al potere disciplinare dal datore di lavoro, senza nessuna necessità di ricorrere ad altre ed ulteriori forme sanzionatorie. Qualora, tuttavia, si voglia tutelare maggiormente il datore pubblico a garanzia della efficienza e correttezza del servizio, si potrà prevedere in capo al dipendente qualche divieto di svolgere attività extralavorative solo e soltanto qualora queste possano condizionare negativamente il risultato dell'azione amministrativa.

L'importanza di tale valore e il suo rilievo collettivo potrebbero anche giustificare misure restrittive a prevenzione della situazione di pericolo (mentre per il datore privato la tutela scatta solo in presenza di effettive situazioni di concorrenza).

E' evidente come sia eccessiva (e quindi illogica) la previsione di divieti generalizzati e assoluti, dal momento che in capo alla gran massa degli impiegati pubblici non è riconoscibile la possibilità di condizionare direttamente l'azione dell'ente dal quale dipendono (condizionare cioè l'azione dell'ente fino a trasgredire i principi del buon andamento – primo fra tutti quello dell'imparzialità - dell'azione amministrativa).

Pertanto, volendo mantenere la previsione di norme generali sull'incompatibilità nel pubblico impiego, occorrere riconoscere che l'azione amministrativa può essere "parziale" a causa di ingerenze di varia natura riconducibili alla sfera degli interessi religiosi, politici, sindacali, ideologici ed (anche ma non solo) economici, che possono condizionare il lavoratore nello svolgimento della propria attività in qualità di pubblico dipendente. Tali "moventi" del lavoratore non potranno tuttavia sempre e comunque condizionare l'azione amministrativa nel senso dell'effettiva negazione della sua imparzialità, soprattutto per l'ovvia ragione che non tutti i pubblici dipendenti possono condizionare l'azione dell'amministrazione. Ciò potrà avvenire soltanto in casi particolari e specifici, che le singole amministrazioni potrebbero individuare, sia in termini generali ed astratti sia in termini di effettivo pericolo/danno del bene tutelato, a fronte dell'individuazione di limiti normativi chiari in relazione al fine perseguito.

In tale prospettiva, qualora la norma facesse chiaro riferimento all'individuazione del bene tutelato e qualora, secondo le normali regole procedurali, la autorità giudiziaria fosse investita della piena conoscenza sostanziale delle fattispecie, un sistema in cui le singole amministrazioni analizzino e disciplinino concretamente le situazioni riscontrabili al loro interno risulterebbe decisamente ben congegnato.

E' evidente che simili pericoli apparirebbero ben rari a fronte di profili professionali di medio/basso livello, caratterizzati per l'assenza di spessore decisionale autonomo o per l'assenza di efficacia esterna del comportamento, e, soprattutto, tali da non contribuire mai alla determinazione e all'attuazione delle scelte o alla formazione della volontà dei soggetti pubblici.

La categoria maggiormente assimilabile alla situazione che stiamo cercando di delineare pare essere quella che il diritto civile conosce come conflitto di interessi (tra il lavoratore e il datore). E' chiaro che la declinazione del tema con riferimento alla gestione dell'amministrazione pubblica (e agli imprescindibili legami tra questa, gli interessi politici e quelli economici) pone problemi di stringente attualità nel panorama italiano, ma è altrettanto chiaro che, nell'approfondimento del tema delle incompatibilità nel lavoro pubblico, risulta essere il nodo che dovrà essere necessariamente affrontato e sciolto, per superare le contraddizioni e i limiti dell'istituto. E' evidente che una simile previsione di incompatibilità generalizzata non potrebbe assolutamente essere limitata al solo svolgimento di attività remunerate, in quanto un condizionamento delle scelte dell'amministrazione potrebbe essere determinato da interessi di qualsiasi natura. Ecco allora che al posto del pesante aggravio in senso burocratico di un sistema quale quello disegnato dal legislatore italiano (predeterminazione dei criteri, domanda del dipendente, autorizzazione datoriale), in una prospettiva *de iure condendo* (o meglio *perficiendo*) sarebbe preferibile un sistema in cui venga imposto al dipendente, in base alla posizione che occupa nell'ente, un dovere di informazione relativo alle attività e agli interessi della sua vita privata che possono potenzialmente determinare il conflitto in parola affinché, alla luce delle dichiarazioni formulate, l'amministrazione possa eventualmente segnalare l'insuperabile ostacolo allo svolgimento (corretto) delle mansioni ovvero provvedere a mutare le modalità di utilizzazione del dipendente. Per parte sua l'amministrazione potrebbe

individuare, a titolo esemplificativo (come avviene per l'identificazione delle infrazioni disciplinari), una casistica relativa a specifiche situazioni di incompatibilità.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il testo unico del pubblico impiego, Fascicolo speciale di LPA del 2001.*
- AA.VV. *La riforma del pubblico impiego (d.lgs. 29/1993), fascicoli 3-4 di Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1993*
- AA.VV., *Commento sub art. 2, in CAPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI, La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche, in NLCC 1999, 1078*
- ABIGNENTE, *La riforma della amministrazione pubblica, Bari, 1916*
- ALESSE, *sub Art. 2106, in GRANDI PERA, Commentario breve alle leggi sul lavoro, Padova, 2005*
- APICELLA-CURCURUTO-SORDI-TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza, Milano, 2005*
- BARTOLLI BIN, *Commentario alla Costituzione, Padova, 2008*
- BARUSSO, *Selezione e carriera del personale, Milano, 2002*
- BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, Padova, 2000*
- BATTINI, *Il personale, in CASSESE, Trattato di diritto amministrativo, Milano, 2005*
- BATTINI, *Cosa c'è di pubblico nella disciplina del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche?: per un «test di necessità», in LPA, 2007, 329*
- BELLAVISTA, *Le fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004*
- BENVENUTI, *Evoluzione della disciplina del pubblico impiego, in AA.VV., L'amministrazione pubblica in Italia, a cura di CASSASE, Bologna, 1974*
- BINOCOLI, *in Il diritto privato nella giurisprudenza, a c. CENDON, Torino, 2009, vol. II*
- BORGHESI, *La giurisdizione del Giudice ordinario, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004*

- BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in LPA, 2008
- CANTUCCI, *La pubblica amministrazione* in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Pietro Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze 1950, vol. II
- CARABELLI-CARINCI M.T. (a c.) *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2007
- CARINCI, *Alle origini di una storica divisione*, in *Rivista trimestrale dir. Proc. Civ.*, 1974
- CARINCI, *Costituzionalizzazione e autocorrezione di una riforma, (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)* in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, p. 35 ss.
- CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in LPA 2006, p. 499-548
- CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in LPA 2006, pp. 1049-1092
- CARINCI, *Una riforma "conclusa" fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Il lavoro nella pubblica amministrazione a c. CARINCI ZOPPOLI*, Torino, 2004
- CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991
- CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella L.133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in LPA 2008, pp 465-497
- CASSESE a cura di, *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974
- CASSESE-BATTINI (a c.) *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le Pubbliche amministrazioni*, Milano 1997
- CESSARI, *Fedeltà lavoro impresa*, Milano 1969
- CORSO-GIUGLIANO *Commento all'art 58 d.lgs. 29 del 1993* in CORPACI-RUSCIANO- ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, 1999, 1405
- CRISAFULLI E PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990
- D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in LPA, 1998, p. 35 ss

- D'ANTONA, *Part time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (commento alla L. 23 dicembre 1996, n. 662)*, in *Opere, V: Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano 2000
- D'APONTE, *Commento all'art. 53 d. lgs. 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Milano 2004, 543
- D'APONTE, *sub art. 7 e 7 bis*, in *Diritto del lavoro III, Il lavoro pubblico*, Milano 2007 pp. 129-145
- D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004
- DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in *Il lavoro subordinato* a c. di CARINCI, tomo II, in *Trattato di diritto privato diretto da BESSONE*, vol XXIV
- DIAMANTI, *sub art. 2118 e sub art. 2119*, in GRANDI PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005
- FALCONE, *Il part time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controlli)*, in LPA, 1999, p 527-563
- FIORILLO, *Commento all'art. 2 del D.Lgvo 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, vol III di *Il Diritto del lavoro*, Milano, 2007
- FIORILLO, *Commento all'art. 5 del D.Lgvo 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, vol III di *Il Diritto del lavoro*, Milano, 2007
- GAGLIARDI, *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *Foro Amministrativo-CdS*, 2004, 2562
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova , 1990
- GALGANO, *L'Imprenditore*, Bologna, 2006
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004
- GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970
- GUARISO, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l'impossibile quadratura del cerchio*, in RCC, 1997, 704
- ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano 2003

- LUCIANI *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, 2002
- MACIOCE, *Commento all'art. 63*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Vol III in *Il Diritto del Lavoro*, Milano 2007
- MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico- art. 2106 cc.* in SCHLESINGER E BUSNELLI, *Collana il codice civile – Commentario*, Milano, 2002
- MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957
- MARIANI, *sub art. 2105 c.c.*, in GRANDI PERA a.c. di, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005,
- MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro – art. 2105 cc.* in SCHLESINGER E BUSNELLI, *Collana il codice civile – Commentario*, Milano, 2000
- MATTEINI, *Sub art. 13-29* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Vol III in *Il Diritto del Lavoro*, Milano 2007
- MENGHINI, *Tutela del lavoratore pubblico e disapplicazione degli atti amministrativi presupposti*, in LPA, 2006, pp. 3-11;
- MISICONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, 751-777
- MONTINI, *Il part-time dei dipendenti pubblici ed i limiti allo svolgimento della libera professione*, in LPA, 2001, 654
- MONTUORI, *I nuovi testi sullo stato giuridico ed economico degli impiegati civili*, Minerbio, 1927
- MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973
- NOVIELLO TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002
- ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, 1908 ,1952
- ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1908
- PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 1907
- PALLA, in GRANDI PERA, *Commentario alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005
- PALMIERI, *Il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Rimini, 1995

- PAOLUCCI *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale (art. 7) in CARINCI D'ANTONA Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000
- PAOLUCCI, *Il pubblico dipendente e la libera professione*, in CARINCI F., D'ANTONA M., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. 29/1993 ai d.lgs. nn 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Commentario, Milano, 2000
- PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità*, in Carinci F., D'Antona M., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. 29/1993 ai d.lgs. nn 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Commentario, Milano, 2000
- PAOLUCCI, *Incompatibilità cumulo di impieghi ed incarichi*, in CARINCI ZOPPOLI L., *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino 2004
- PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni a c. CARINCI ZOPPOLI*, Torino 2004
- PASSANITI, *Storia del Diritto del lavoro. Vol I: la questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, 2006
- PERETTI GRIVA, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1957
- PERRINO, nota a Cassazione sent. 967 del 2006 in *Foro Italiano* 2006, I, 2346
- PIERI, *Divieto di incompatibilità e termini del procedimento disciplinare (nota a Tribunale di Firenze, sentenza 10 gennaio 2005)*, in LPA, 2005
- PINELLI *Commento all'art. 98 in La P.A.: articoli 97 e 98 in Commentario alla Costituzione a c. BRANCA PIZZORUSSO*, Bologna-Roma, 1994
- PISANI, *Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento in Il lavoro subordinato a c. di CARINCI*, tomo III, pagg. 81- 116, in *Trattato di diritto privato diretto da BESSONE*
- PIZZORUSSO *Commento all'art. 98*, in Caretti, Pinelli, Pototschnig, Long, Borrè, *La pubblica Amministrazione*, Bologna-Roma 1994, nel *Commentario alla Costituzione*, fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, Art. 97-98
- POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali ed effettività di tutela*, in LPA, 2007, pp. 595-633
- PRIOLO, *L'incompatibilità nell'impiego pubblico*, in *Enti Pubblici*, 1995, p. 542-548
- PROIA, *Doveri preparatori delle prestazione e obbligo positivo di fedeltà*, nota a Cass. Lav. 11657/1990 in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 1991-II, pagg. 829-839.

- PUPPO, *Concorsi e diritto alle assunzioni nelle P.A.*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2005
- RICCI, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2008
- ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1926
- ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001
- RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978
- SAITTA *Commento all'art. 98* in *Commento alla Costituzione* a c. di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Milano, 2006
- SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1952 e 1989, Napoli
- SANTUCCI, *Il lavoro part time*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a c. di CARINCI e ZOPPOLI, Torino 2004
- SCARSELLI, *Qualche riflessione sul part-time degli avvocati e la crisi dell'avvocatura*, in *Foro Italiano*, 2001, I, 3044
- SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1/2009, pagg. 77-92
- SPAVENTA, *Burocrazia: ordinamento amministrativo e fascismo*, Milano, 1928
- TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *LPA*, 2007
- TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano 1982
- VENTURA, *Il giuramento*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999
- VIRGA, *Il pubblico impiego*, 1991, Milano
- VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, 2002, Milano
- ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1939, 1940, 1946, 1949, 1958
- ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1993, pp. 632-652
- ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, 1998

ZOPPOLI, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in LPA, 2008, pp. 1-36

Autori stranieri:

AA.VV.- Institut europeen d'administration publique, *European Civil Services between tradition and reform*, a.c. C. DEMMKE, Maastricht, 2004

AA.VV., *Civil services in the Europe of Fifteen*, a.c. D.BOSSAERT, C. DEMMKE, K. NOMDEN, R. POLET, Maastricht, 2001

BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la révolution au debut des années 1970)* Paris 1995

DOONEY - J.O'TOOLE, *Irish Government Today*, Dublin, 1998

DREWERY - T. BUTCHER, *The civil service Today*, Oxford, 1991

FAROUX SLITZ, *Notre Etat: le livre verite de la fonction publique*, Paris, 2000

FREDMAN - MORRIS, *The state as Employer: labour law in the public service*, London, 1989

GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, 2005

KINGDOM, *The civil service in liberal democracies*, London - New York, 1990

MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985

MURRAY, *The civil service observed*, Dublin, 1990

